B 17
5
34
BIBLIOTECA NAZIONALE
CENTRALE - FIRENZE

R. BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE
FIRENZE

LIBRI

DONATI DAL

DOTTOR ANNIBALE GIULIONI

GIURISTA

Nato a Firenze il 7 Febbraio 1807
e morto il 1° Dicembre 1895 in Firenze.

16 Maggio 1896

Digitized by Google

Digitized by Google

MANUDUCTIO
AD
JURISPRUDENTIAM JUSTINIANEAM,

SIMPLICI VIA

PER

QUATUOR INSTITUTIONUM
IMPERIALIUM LIBROS,

Ad

Uſum Studioſæ Juventutis explanata, & accommodata:

IN DUAS PARTES DIVISA,

AUTHORE

JOANNE DOMINICO
PEREGRINI,

Juris utriusque Doctore, Celſiſſimi ac Reverendiſſimi S. R. I. Excelſi Principis & Archi-Epiſcopi Salisburgenſis &c. &c. Conſiliario Actuali Aulico; In Alma & Archi-Epiſcopali Benedictina Univerſitate Salisburg. antea Inſtitutionum Imperialium, jam verò Pandectarum Profeſſore Publico Ordinario.

PARS I.

PRIORES DUOS INSTITUTIONUM IMPERIALIUM LIBROS COMPLECTENS.

EDITIO QUARTA.

SALISBURGI,

Typis & impenſis Joannis Joſephi Mayr, Aulico-Academici Typographi p. m. Hæredis.

Digitized by Google

B·17. 5. 34

Digitized by Google

APPROBATIO
SAC. FACULTATIS THEOLOGICÆ.

SI *dimidium facti, qui benè cœpit, habet*, quanto majori jure Author Clariſſimus, qui Primitias elucubrationum ſuarum in lucem effundendo, *optimè* cœpit, vel in ipſo Manuductionis ſuæ dimidio, Primis ſcilicet duobus Inſtitutionum Libris, non jam dimidium abſolviſſe, ſed totum conſummâſſe, dici poteſt? Certè conſummata hæc Manuductio Univerſis ad Jurium ſtudia accedentibus, viam aperit, in qua nihil contra Fidei Orthodoxæ principia *pravum*, nihil contra bonos mores *aſperum*, ſed omnia, quæ vel à Juſtitiæ tramite abducere, aut eundem ſalebroſum reddere poſſent, inſigni methodo explanata, ut adeò omnia ſint *prava in directum*, & *aſpera in vias planas*, argumentorum ſoliditate complanatas, ac amœniſſimâ eruditionis copiâ exornatas. Aperiatur ergo literario Orbi *Via* hæc ad Jurisprudentiæ conſummatæ terminum *regia*, per quam manuducetur ſtudioſus Lector ſine offendiculo, ſine fatigationis moleſtia, ſine ambagum tædio, Clariſſimi Manuductoris ſui in rem literariam merita equidem immortalitati deprædicaturus, nunquam verò pares pro immortali hoc beneficio gratias redditurus.

Ita cenſeo

P. CORBINIANUS THOMAS,
Ord. S. Benedicti, ex Imperiali Monaſterio Elchingenſi, SS. Theol. Doctor, ejuſdémque in Moralibus Profeſſ. Ordin. Celſiſſ. ac Reverendiſſ. Archi-Epiſcopi, & S. R. I. Excelſi Principis Salisburg. &c. &c. Conſiliarius Eccleſiaſticus, Sac. Facultatis p. t. Decanus.

APPROBATIO
INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ.

PEREGRINI, quod præſtantiſſimum hoc opus præfefert, Nomen minimè cuiquam perſuadet, quòd Prænob. & Clariſſ. Author in Jure ſit *peregrinus;* ſed omini magìs fuerit, quòd doctrinæ, ac eruditionis famâ univerſum literarium Orbem, velut peregrè, ſit emenſurus; verùm non tam jure hoſpitii, quàm civitatis ubique avidiſſimè excipiendus. Cæterà iis, qui in Jure *peregrini* ſunt, tutiſſimæ erit MANUDUCTIONI.

Ita cenſeo 25. Aug. 1733.

P. PLACIDUS BÖCKH,
Ord. S. Bened. ex Monaſt. S. Petri Salisb. U. J. D. Celſiſſ. ac Reverendiſſ. Archi-Epiſc. & S. R. I. Excelſi Principis Salisburgenſis &c. &c. Conſiliarius Eccleſiaſticus, Almæ Univerſitatis Pro-Cancellarius, SS. Canon. Profeſſor Publicus Ordinarius, Inclytæ Facultatis Juridicæ p. t. Decanus.

AD

AD BENEVOLUM LECTOREM.

E*Xquiſitum, aut elaboratum opus haud expectabis Lector Benevole! Nil niſi vulgaria, & ubique obvia (vix tamen quidquam fruſtra poſitum) invenies: Prima enim Jurisprudentiæ Juſtinianeæ Elementa, quæ hoc ipſo, quia principia, adeóque immutabilia, novitatem reſpuunt, exponimus: Juris Tyrones ad ſeverioris Diſciplinæ penetralia* via ſimplici, ac trita *manuducere animus eſt, ne* alioquin, *juxta monitum Imperatoris in* §. 2. Inſt. de Juſt. & Jur. ſi ſtatim ab initio rudem adhuc, & infirmum animum ſtudioſi multitudine, ac varietate rerum oneraverimus, duorum alterum aut deſertorem ſtudiorum efficiemus, aut cum magno labore, ſæpè etiam cum diffidentia, quæ plerumque Juvenes avertit, ſerius ad id perducemus, ad quod leviore via ductus ſine magno labore, & ſine ulla diffidentia maturiùs perduci potuiſſet. *Ut autem non nimis ſicco procederemus pede, neve tantùm memoriæ, ſed, & potentiæ Minervali otia facere videremur, vulgares Controverſias, breviſſimis, ſed fundatioribus utrinque rationibus allegatis, immiſcere placuit: Tum textibus, quorum formalia ideo frequenter allegare placuit, quia*

Puriùs ex ipſo fonte bibuntur aquæ,

Tum Authoribus, ad quos ſæpiuſculè tam pro noſtro quotidiano uſu, quàm aliorum notitia brevitatis causâ, ne opus nimis excreſceret, remittere nos debuimus, pro concilianda authoritate pauciſſimis, ſed (aut nos omnia

Digitized by Google

ſallunt!) optimîs, atque tum in Schola; tum in Foro verſatiſſimîs, ſtylóque omnibus, qui prima latinitatis limina ſalutârunt, accommodato, uſi ſumus; Cauſarum methodum pro formando ſyſtemate, ſi non neceſſariam, certè ſummè utilem, re ita commodè ferente (minimè tamen per violentiam, ne nimia in ea religione Lectori pareretur nauſea) obſervavimus. Accuſabis (ita vaticinamur) parentheſes nimium frequenter, utpote ſenſum obſcurantes, immixtas; Verùm, ſi diſplicent, iis omiſsis ſenſu continuato perge, vel bis lege, & bis lecta intelliges, paucíſque multa, ut nobis viſum fuit, leges. Cæterùm non equidem ignoramus prodiiſſe Authores, quorum aliqui fusè ſatis, alii in compendio, quidam mediâ viâ incedentes, & manuducentes præſentes labores præoccupârunt; verùm, quia illi vel itinere Tyronibus vix poſſibili, vel tramite nimìs anguſto procedere viſi ſunt; iſti verò ad manus non ampliùs promiſcuè adſunt, placuit vel imitandô, vel planè recedendô, vel quandoque paulò aliter progrediendô, Juris Novitiis præire: ſi placet? ſequere, & cauſam nobis gratulandi nacti ſumus; ſin minùs? Id nobis accidit, quod multis aliis; ſaltem (& hoc impensè rogamus) conatum proba, atque errores tum Artis, tum typi (quorum aliqui poſt ultimam reviſionem, neſcio, an fatô, injuriâ, aut incuriâ, irrepsêre, alii correctoris oculos, non ſine bile poſtea inventi, effugêre) benignè corrige; eos verò, quos ad calcem annotavimus debitîs locîs omnium primò (& ita ſemel tantùm indignaberis) notare non graveris. Cætera æqui boníque conſule, & immortales debebimus tibi grates.

NO-

NOVÆ EDITIONIS
AD
BENEVOLUM LECTOREM
PRÆFATIO,
ET
VINDICIÆ AD ZOILUM.

HAbes, Lector undequaque Benevole! tertiam præſentis Manuductionis Editionem: Notis, quibus vel obſcuriora explanare, vel opiniones meas firmare, vel non rarò ab inhumana, aut omninò indiſcreta criſi vindicare conatus ſum, auctam vides. Novum laborem, ut non vanè à bonis ſperare licet, æqui, bonique conſules, vel ſaltem non improbabis. Sed quid ad iſta Zoilus? Parum, imò nihil encomii! Opellam hanc, quæ, utpote ex putridis, & lutulentis lacunis hauſta, vel millies digeſta ad nauſeam rurſus parantur, vel tantùm errores erroribus augentur, procul dubio tum ulteriori editione, cùm aliis ſupplementis indignam deblaterabit: Quippe ejusmodi ambitioſæ vanitatis Aucupes, non alia, quàm quæ ipſi nigriori animo, ac atramento mentiuntur, impudenter fingunt, ſcurriliùs prelo committunt, atque commiſſa calumnioſiſſimè divulgant, magni facere

cere

Digitized by Google

cere aſſueverunt. Verùm amens ſim, mi Zoile! ſi tibi, omnibus melioris, ac mitioris indolis Lectioribus injurius, ſatisfactum cuperem: Tua encomia tam parùm curo, quàm expecto; multò minùs tuo ſuffragio, vel te fautore in apricum eluctari ambio, lapſum graviorem metuens. Sulcare pergam eo, quo capi, vomere; non enim cuilibet (& profectò necdum tibi; nam nimiùm, & ſibi ſoli velle ſapere eſt gnaviter deſipere) datum eſt adire Corinthum. Plura non addo: ſi ſapis, capies: Prudentiùs loquaris, aut ſcribas, non tamen ſuſpiceris, volo, mihi moveri bilem: Si tuam excitavi, ſupprime, & quisquis fueris, diſſimula: Sepone innatum illum (amicè tecum ago!) contemnendi pruritum: Te ipſum cura, & de aliis noli eſſe ſollicitus. Si favere non vis, vel non potes, ſaltem abſtine à convitiis; quòd ſi nec tantilli potis es, tamen vale.

PRO-

PROOEMIUM
AD
D. JUSTINIANI IMPERATORIS INSTITUTIONUM LIBROS IV.
IN NOMINE DOMINI NOSTRI
JESU CHRISTI

IMPERATOR CÆSAR FLAVIUS JUSTINIANUS ſemper AUGUSTUS cupidæ legum juventuti quam nos precamur optimam *(S. D.) ſalutem dicit. Hic in Proœm.*

DUm Jurisprudentiæ juxta methodum Inſtitutionum Impp. exponendæ accingimur, operæ pretium viſum fuit præmittere, ex quibus Libris haurienda ſit: militi enim ſagato uti turpe foret armis, quibus contra hoſtium inſultus ſe defendat, carere; ita militi togato, ſeu Jurium ſtudioſo indecoroſum, fontes artis, cui operam navare cupit, ignorare: Hos aperient tum duo, quæ vocamus Corpora Juris, unum Canonici, alterum Civilis, tum alii Conſtitutionum Pontificiarum, & Imperialium Libri: de his itaque eâ, quâ aliàs uſuri ſumus brevitate poſſibili, dicemus ordine.

Primatum autem tenet Corpus Juris Canonici, cujus notitia etiam Juris Civilis Tyronem effugere non debet. quippe, ita teſtante Lucio III. Pontifice Max. in *cap. 1. de N. O. N.* ibi: *uti Leges Civiles non dedignantur Sacros Canones*

imi-

imitari, ita & Sacrorum ſtatuta Canonum Principum Conſtitutionibus adjuvantur. Idcirco maximam inter hæc duo intercedere neceſſitudinem, apud omnes in confeſſo eſt: pauca itaque ſummè neceſſaria audire non gravabimur. Sit igitur

PARS I.

De Libris Juris Canonici tum in-tum extra Corpus Juris.

IN Corpore Juris Canonici continentur ſex volumina. Decretum Gratiani: Decretales Gregorii IX. Liber Sextus Decretalium Bonifacii VIII. Clementinæ Clementis V. Extravagantes Joannis XXII. & Extravagantes communes.

§. I.

De Decreto Gratiani.

1 IN Corpore Juris Canonici primum locum occupat DECRETUM GRATIANI, quod à ſuo Authore Gratiano Monacho ordinem D. P. Benedicti in Monaſterio S. Felicis Bononiæ Profeſſo nomen traxit, ex variis Conſtitutionibus SS. Pontificum, Conciliorum, tum generalium, tum particularium, nec non Sententiis SS. Patrum, additíſque, præter non paucas Leges Civiles, opinionibus ipſius Gratiani, ſub Eugenio III. circa annum 1151. compilatum, tres partes complectitur. PRIMA habet Diſtinctiones 101. quæ continent varios Canones tractantes de Jure legali in genere, & in ſpecie; de origine & requiſitis officiorum Eccleſiaſticorum; de examine & qualitate ordinandorum, de ordinatione, honeſtate, ac obligatione Epiſcoporum & Clericorum &c. SECUNDA cauſas 36. diviſas in Quæſtiones, & Capitula, in quibus diſcutiuntur ea, quæ pertinent ad judicia, & perſonas judiciales, nec non controverſiæ, tum inter Eccleſiaſticos tum inter Laicos moveri ſolitæ. Cauſæ autem *33. quæſt. 3.* immixtus eſt TRACTATUS DE POENITENTIA diviſus in 7. Diſtinctiones. TERTIA pars comprehendit TRACTATUM de CONSECRATIONE, pariter ſubdiviſum in 5. Diſtinctiones. Ex his jam clareſcit modus citandi.

In

In prima ſiquidem parte fit citatio per *Capitula*, ſeu fortè accuratius, per *Canones* (Decretum namque Gratiani audit *Concordantia diſcordantium Canonum*) & *Diſtinctiones* v.g. *Can.3. diſtinct.4.*

In ſecunda (ſaltem ſtylo noviori) per *Canones*, aut *capitula*, *cauſas*, & *quæſtiones*. E.g. *Can.3. cauſ.3. quæſt.1.* vel *Can.3. III. quæſt.1.* ſubintellecta nimirum voce *cauſa*. Diximus *ſtylo noviori*: Veteres enim, quorum adhuc non paucos invenies, citare ſolebant per *cauſas*, *quæſtiones*, & *capitula*, v.g. *cauſ.3. quæſt.1. cap.3.* Nec ſine ratione, quia cauſæ dividuntur in quæſtiones, & iſtæ primùm in capitula. Hinc priùs quæri debet, quænam ſit *cauſa*, poſtea *quæſtio*, & demum quotum ſit *capitulum*, ſeu *Canon*. In Tractatu de Pœnitentia citatur per *Canones*, & *Diſtinctiones* additis particulis *de Pœnitentia* ad diſtinctionem partis primæ. V.g. *c.9. diſtinct.4. de pœnit.* In tertia parte citantur *Canones* & *diſtinctiones* annexis vocabulis *de Conſecratione*. V.g. *c.36. diſtinct.2. de Conſecrat.* Quidam addunt verbum initiale ipſius textus v.g. *cap. quia paſſus. 36.* (vel etiam omiſsò numero) *diſt.2. de conſecrat.* Jam de hoc Decreto.

Quæri ſolet, an ſit authenticum, ſeu an habeat vim legis, ita, ut illius deciſioni ſtare debeamus? 2

Reſpondemus breviter eſſe reducendum ad ſuos fontes, hoc eſt: illa capitula, quæ ſunt ab aliquo S. Pontifice, vel Concilio Generali (cuilibet enim textui eſt Author, unde provenit, præfixus) erunt authentica *arg. cap.1. diſt.19.* quæ autem ſunt ab aliquo SS. Patrum, vel ipsò Gratiano, facient tantùm ſententiam probabilem; retinent igitur illam ipſam vim, quàm priùs ante compilationem obtinebant: Ratio de ſe plana eſt; ſiquidem Gratianus, utpote Doctor privatus, textibus, ex quibus compilavit hoc volumen, neque dare, neque adimere potuit authoritatem: conſequenter ſi antea erant authentici, manſerunt tales, ſi non, per compilationem ab Authore privato factam vim majorem nanciſci non potuerunt: Ita *Reverendiſſimus ac Magnificus D.P. Franciſcus Schmier per multos annos hujus Univerſitatis Rector digniſſimè Emeritus, meúsque quondam Profeſſor omni ævo obſervandiſſimus p.m. in ſua Juriſpr. Can. Civ. Tract. Præamb. cap.1. ſect.2. §.2. num.77. cum aliis ibidem citatis.*

Neque obſtat, quod *in c.6.7.8. & 9. cauſ.25. quæſt.1.* clarè decidatur, non licere Romano Pontifici circa SS. Patrum ſtatuta aliquid immutare; nam hoc intelligendum de rebus fidei, in quibus unanimis ac potior SS.PP. ſenſus, atque conſenſus pro regula ſuſcipitur. *Laud. Magnif. d.l.*

Neque obſtat, quod *Gregorius XIII.* in approbatione decreto præfixa jubeat omnia quàm diligentiſſimè obſervari, ibi: *Jubemus igitur, ut, quæ emendata & repoſita ſunt NB. omnia quàm diligentiſſimè retineantur.* His

enim verbis tantùm deciditur, quòd omnia correſpondeant ſuis fontibus, unde fuerunt deſumpta: id eſt, quòd à Gratiano omnia fuerint fideliter deſcripta, & cum ſuis fontibus collationata, ſeu, ùt hodie loquimur, vidimata, aut fidemata, uti legenti integram approbationem patebit. Interim non diffitemur, poſſe quandoque fidem vacillare, ſi nimirum oſtenderetur aliquis textus, cujus originale non fuiſſet inventum, uti cautè æquè, ac eruditè advertit *Clariſſimus D. P. Placidus Böckhn olim Pro-Cancellarius Meritiſſimus, nec non SS. Canonum Profeſſor, ac Collega Colendiſſ. p.m. in Prooem. Jur. Can. num.* 12. quem conſule.

3 Invenies in hoc Decreto non paucos Canones, quibus præfixum eſt hoc verbum *Palea*, ſine authore: Unde proveniant adhucdum ſub Judice lis eſt. Putant quidam ejuſmodi textus vocari *paleas* à levitate materiæ, de qua tractant, ſed contra evidentiam facti, uti vel ex unico *cap. 13. diſt. 96.* conſtat, ubi habetur, quòd Conſtantinus Imperator Coronam & omnem Regiam Dignitatem in urbe Romana, & in Italia, & in partibus Occidentalibus Apoſtolico (id eſt Papæ) conceſſerit, jungantur *cap. 2. diſt. 6.* ubi agitur de requiſitis ad peccatum, & *c. 7. 8. & 9. diſtinct. 44.* in quibus præſcribitur Clericis ſobrietas & modus converſandi in conviviis. Alii dicunt eſſe Annotationes alicujus Diſcipuli Gratiani Palea vocati. Aliam Hiſtoriam de origine harum palearum narrat *P. Reiffenſt. in Prooem. Jur. Can. §. 5. num. 86.* quem conſulant illi, quibus hæc otia incumbunt, nobis enim non ſedet animus falcem in alienam meſſem mittere, ſed tantùm illa prælibare, quæ ad notitiam noſtrarum Inſtitutionum comparandam apprimè ſunt neceſſaria. Ideo quidquid ſit de Authore & nomine *Palearum*, eò periculoſiùs his vim deciſivam tribues, quò minùs de Earum Authore, vel origine conſtat.

§. II.

De reliquis Libris tum in-tum extra Corpus Juris Canonici.

4 SEcundo loco veniunt in Corpore Juris Canonici DECRETALES GREGORII IX. quas collegit Anno circiter 1230. Raymundus de Pennafort Ordinis Prædicatorum, ejusdem S. Pontificis Poenitentiarius: Continent mera Reſponſa SS. Pontificum, súntque in quinque Libros, juxta quorum ordinem in ſcholis proceditur, diviſæ; Libri in Titulos, Tituli in Capitula ſubdiviſi, unde etiam apparet modus citandi, ſcilicet per *capitula & titulos, v.g. c. 42. de elect. & elect. poteſt.* Quidam appo-

Digitized by Google

ponunt ſignum X. vel voculam *Extra*, quod ſignificat extra Decretum Gratiani; ordo materiarum colligi poteſt ex ſequenti verſiculo:

1 2 3 4 5
Judex Judicium Clerus Sponſalia Crimen.

Tertio loco ſequitur LIBER SEXTUS *Bonifacii VIII.* authoritate & juſſu ejusdem S. Pontificis opera trium virorum, quorum nomina exhibet præfatio, ſeu approbatio, Anno 1284. vel, uti alii volunt 1298. in volumen redactus: Complectitur pariter Epiſtolas illas Decretales, quæ emanârunt à tempore Gregorii IX. usque ad eundem Bonifacium, unà cum Conſtitutionibus utriusque Concilii Lateranenſis, eodem ferè ordine, uti priores, diſtributas. Hinc etiam idem modus citandi obſervatur, niſi quod addantur particulæ *in 6.* v.g. *c.34. de elect. & elect. pot. in 6.* Dicitur autem Liber ſextus, quia ſuperadditus eſt Libris quinque Decretalium, eſto etiam in quinque Libros diviſus ſit. 5

Quartum locum ſibi vendicant CLEMENTINÆ CLEMENTIS V. à ſuo Authore ita nuncupatæ. Cùm hic antequam promulgarentur, fuerit morte præventus, Anno 1329. vel juxta alios 1317. in lucem publicam prodierunt authoritate Joannis XXII. eodem, quo Libri priores, ordine: citatur *Clementina* & *titulus* v.g. *Clem. 1. de appellat. vel cap. 1. de appellat. in Clementinis.* prior citandi modus eſt uſitatior. 6

Quintum locum tenent EXTRAVAGANTES JOANNIS XXII. continent 20. Conſtitutiones ejusdem Pontificis in 14. Titulos circa Annum 1340. diſtributas, quas ſequuntur. 7

EXTRAVAGANTES COMMUNES diverſorum Pontificum rurſus in quinque Libros, qui in Titulos ſubdividuntur, diſtributæ: Dicuntur Extravagantes, quia olim vagabantur extra Corpus Juris. Citatur *extravagans* & *titulus*, annexis pro exigentia particulis: *Joann. XXII.* vel *inter com.* ad diſtinctionem: v.g. *Extrav. 4. Joann. 22. de V.S. Extravag. 3. de Elect. int. com.*

Authoritatem legiſlativam horum Librorum ſatis probant tum Præfationes, ſeu Bullæ tribus prioribus partibus præfixæ, tum, quoad poſteriores duas, videlicet Extravagantes, uſus longævus, ſeu quieta poſſeſſio, quam in Corpore Juris ſortitæ ſunt. *P. Engl Proœm. Jur. Canon. num. 10. in fin. & alii paſſim.*

His hactenus memoratis Libris ſubjunguntur LIBER SEPTIMUS Decretalium operâ Petri Mathæi JCti Lugdunenſis ex variis SS. Pontificum Conſtitutionibus collectus, & INSTITUTIONES JURISCONSULTI PAULI Lancelloti: cùm tamen authoritate ſolummodò privata fuerint in ordinem redacti, neque conſtet authenticè, utrùm ſuis ori- 8

ginalibus correſpondeant, carent vi deciſiva, ac tantùm, ùt aliqui volunt, in gratiam Typographorum in Corpus Juris relati: Alii tamen admittunt, non parùm conducere tum ad notitiam hiſtoriæ Eccleſiaſticæ comparandam, tum ad alios priores Libros explicandos.

9 Inſerti etiam ſunt ad calcem Decreti Gratiani, & Corpori Juris Civilis immediatè ante Libros Feudorum, CANONES APOSTOLORUM, de quibus

Controvertitur, num habeant vim deciſivam: ſeu an ſint authentici? Canones Apoſtolorum eſſe authenticos luculenter deciditur *in c. 4. diſt. 16.* ibi: *Placuit huic Sanctæ Synodo, ut amodò confirmata & rata ſint Canonum Apoſtolorum 85. capitula.* Quæ verba repetuntur *in cap. 7. ead. diſtinct.* Utrum verò Canones utrique Corpori Juris inſerti ſint veri & genuini Canones Apoſtolorum, non ita conſtar. Crederemus tamen pro iis militare Juris præſumptionem, ac tamdiu habendos pro veris, donec probetur contrarium. Ratio, quæ nos in hanc ſententiam magis traheret, eſt, quòd certum ſit, Canones Apoſtolorum eſſe authenticos, cùm itaque de aliis Canonibus Apoſtolorum non conſtet, quàm iis, qui modò in Corpore Juris reperiuntur, ſtabit pro iis præſumptio, donec alii meliores oſtendantur.

Dices (I.) Non conſtare, utrùm genuinè fuerint deſcripti? utrùm non fuerint falſi inſerti? & ex hac ipſa ratione etiam Liber ſeptimus Decretalium habetur pro Apocrypho. Verùm, quòd falsè deſcripti, vel falſi inſerti ſint, æquè eſt quid facti, ac contrarium; hinc ab afferente probandum, hoc ipſo quòd pro iis ſtet præſumptio, usque dum producantur alii: Inſtantia de Libro ſeptimo non videtur facere ad rem, quia de originalibus Libri ſeptimi non ita authenticè conſtat, ſicut de Canonibus Apoſtolorum: quorum exiſtentia certa eſt & indubitata.

Dices (II.) *In cap. 3. diſtinct. 15.* numerantur inter textus apocryphos, id eſt non authenticos. Reſpondetur, ibi ſermonem eſſe de adulterino quodam Canonum Apoſtolorum volumine ab hæreticis Priſcillianiſtis confecto. Ita *Laud. ſupra Magnif. P. Schmier l. cit. §. 3. n. 114.*

Dices (III.) Ex eo eſſe ſuſpectos, quia variant in numero, nam in *c. 2. d. diſtinct. 16.* ſupponuntur eſſe ſexaginta, *in cap. 3. ibidem.* quinquaginta, *in cap. ſeq.* octuaginta quinque, & qui habentur in utroque Corpore Juris 84. Reſpondet cit. Magnif. Diverſitatem in numero non facere diverſitatem in ſubſtantia, quandoquidem primæ collectiones in numero non erant conformes, & unus Canon perſæpè duas, vel tres ſententias referebat. Deinde etiam variat titulorum & legum numerus, tam in Pandectis, quàm Codice, exinde tamen nemo dicet, Pandectas & Codicem non eſſe authenticos.

Di-

Digitized by Google

Dices (IV.) Quoſdam continere doctrinam abſonam, uti patet *ex Can. 46. 47. 65. & 67.* Verùm neque iſti reſpuunt commodam interpretationem, uti videre eſt *apud memoratum Magnificum ibid. num. 119.* Quod, ſi hæc tibi fidem non faciant, ſequere, pace noſtra, ſententiam contrariam: ſi nos non habebis ſequaces, ſaltem non erimus in paleſtra adeò refractarii.

Extra Corpus Juris Canonici occurrunt: Primò BULLARIUM MAGNUM conſtans variis Bullis Summorum Pontificum pro re nata editis. 10

Secundò REGULÆ CANCELLARIÆ, in quibus potiſſimùm agitur de collatione Beneficiorum Eccleſiaſticorum, eorúmque reſervatione.

Tertiò DECISIONES ROTÆ ROMANÆ, nimirum Sententiæ S. Tribunalis Pontificii.

Quartò CONCILIA GENERALIA ſeu OECUMENICA, quæ recenſentur ab initio mox præfati Corporis Juris; præcipuum verò, licèt ultimum, eſt hodie CONCILIUM TRIDENTINUM, quod initiatum ſub Paulo III. Anno 1545. continuatum ſub Julio III. finitum ſub Pio IV. Anno 1563. annóque ſubſequenti confirmatum.

Quintò DECLARATIONES CARDINALIUM, per quas declaratur Concilium Tridentinum: Eſt etenim quædam Congregatio Cardinalium erecta, eique ad exemplum JCtorum veterum, quibus erat data poteſtas de Jure reſpondendi, data facultas interpretandi Canones præfatæ Synodi. Porrò uti certum eſt, Tridentinum pollere authoritate deciſiva, ſaltem in locis, ubi fuit promulgatum & receptum, ita etiam probabiliùs id ipſum defenditur de ejuſdem declarationibus, ſi tribus his requiſitis munitæ ſint. (I.) Ut fiant conſulto S. Pontifice, cùm Sixtus V. in facultate interpretandi conceſſa expreſsè addiderit clauſulam: *Nobis tamen conſultis.* (II.) Ut Cardinales ſolùm declarent, & interpretentur, non verò diſpenſent, aut ultra verborum proprietatem legem augeant, niſi habitò deſuper mandatò S. Pontificis in ipſa declaratione inſerendo. (III.) Ut producantur in forma authentica cum ſolito ſigillo & ſubſcriptione Cardinalis Præfecti, ac Secretarii ejuſdem Congregationis. Ita ferè *P. Engl in Procem. num. 16.* Alii Libri ſupra recenſiti nos non tangunt, cùm in Inſtitutis eorum vix occurrat mentio. Ad rem igitur meliùs faciet.

PARS II.

De Libris Juris Civilis.

Libri Juris Civilis rurſus ſunt vel in- vel extra Corpus Juris. Libri extra Corpus Juris Civilis, ut ſunt Aurea

rea Bulla, Capitulationes Cæſareæ, Pax profana, Pax religioſa, Receſſus Imperii, Ordinationes Cameræ, non ſunt noſtræ inquiſitionis. In hoc Corpore Juris autem numerantur quinque partes, INSTITUTIONES, DIGESTA ſeu PANDECTÆ, CODEX REPETITÆ PRÆLECTIONIS, NOVELLÆ, & LIBRI FEUDORUM.

§. I.

De Inſtitutionibus.

11 PRimum locum occupant INSTITUTIONES ab inſtituendo, id eſt docendo & erudiendo ſic dictæ, ſeu INSTITUTA, quod nobis perinde eſt (diſplicent enim lites de nomine) hæ nihil aliud ſunt, quàm prima juriſprudentiæ elementa authoritate Juſtiniani Imperatoris ad faciliorem Juris intellectum compoſita, *arg. §. 4. & 6. h. in Procem.* Unde apparet, Cauſam Efficientem principalem fuiſſe Juſtinianum, qui operâ Triboniani Viri Magnifici, Magiſtri & Exquæſtoris ſacri palatii; nec non Theophili & Dorothei Virorum Illuſtrium (en cauſa inſtrumentalis) quorum ſolertiam & legum ſcientiam ex multis rerum argumentis acceperat, hæc Juris fundamenta eo fine in ordinem redegit, & in lucem dedit, *ut liceat ſtudioſæ juventuti prima legum cunabula non ab antiquis fabulis diſcere, ſed ab imperiali ſplendore appetere*, uti diſſerit in *§. 3. h.*

Diviſæ ſunt in quatuor Libros, ratione non adeò, ùt quidam putant, ridicula, ſed valdè congrua, quia ſunt quatuor Elementa, cùm enim Juſtinianus Inſtitutiones ELEMENTA Juris nuncupaverit, ad imitationem Elementorum in quatuor Libros dividere voluit. *Hopp. h. ad §. 5.* Libri dividuntur in Titulos 99. quorum primus continet 26. Secundus 25. Tertius 30. Quartus 18. Tituli verò ſubdividuntur in principia & Paragraphos.

12 Interrogas, unde ſint deſumptæ? Reſpondet ipſe Imperator *in §. 5. h.* Ex omnibus Antiquorum Inſtitutionibus & præcipuè ex Commentariis Caji, quem non tanquam coætaneum (vixit enim hic Cajus ſub Hadriano & Marco *l. 7. ff. de reb. dub. l. pen. ff. ad S. C. Tertull.*) ſed benevolentiæ, quâ in illum ob ſua ſcripta ferebatur, teſtandæ ergò *ſuum* vocat.

Multa etiam deſumpta ſunt ex Digeſtis, uti patet ex *tot. tit. de R. D.* qui partim *ex tit. ff. de Rer. diviſ. partim de A. R. D.* extractus eſt, ſæpè etiam ſe referunt ad Codicem, tam priorem Juſtinianeum, quàm poſteriorem repetitæ prælectionis: Ita, ut ſi Imperator dicat: *ita in noſtro*

Digitized by Google

ſtro Codice, neceſſariò intelligi debeat Codex prior Juſtinianeus, quia
Codex repetitæ prælectionis, ùt infra videbimus, non exſtabat; ſi ve-
rò dicat, *ita in noſtris Conſtitutionibus, vel Deciſionibus*, ſubintelligantur
conſtitutiones, ſeu deciſiones in Codicem poſteriorem relatæ, uti in
decurſu patebit, vid. interim *l.2. §.11. C. de Vet. Jur. Enucl.* Quid au-
tem, ſi textus quidam in Inſtitutis ad Codicem ſe referat, & textus ille
in Codice non inveniatur, utrum nihilominus ſit authenticus, cùm ſe
referat ad non ens? Exemplum habemus *in §.24. de Act. & §.27. de le-
gat.* qui textus ſe referunt ad Codicem, cùm tamen in Codice de illa
materia nihil hactenus inveniri licuerit: Reſponſionem habes ex dictis,
quòd nimirum ejusmodi textus ſe referant ad textum Codicis prioris,
qui textus poſtea in Codice poſteriori repetitæ prælectionis vel ſtudiô
vel incuriâ omiſſus fuit. Propterea ſimiles textus in Inſtitutis non mi-
nùs, quàm alii erunt authentici, ex nova Imperatoris voluntate. *Lau-
terb. ad Proleg. Pandect. §.3. n.4.* Porrò extant & alii textus ſeu novæ
conſtitutiones alibi, quàm in Inſtitutis non reperibiles, quales ſunt *§.7.
& 9. de fideicom. hæred. §. fin. quib. ex cauſ. manum. non lic. §.10. de teſtam.
ord. §. f. de ſatisd.*

Forma conſiſtit in ordine materiarum.

In primo autem Libro tractatur de Juſtitia & Jure, ſeu Jurispruden- 13
tia: de Jure naturali gentium & Civili, de Jure perſonarum, quæ ſpe-
cialem in Jure conſiderationem habent, videlicet de Ingenuis, Liberti-
nis, Servis, de Filiis & Patribusfamilias, de modis, quibus patria po-
teſtas acquiritur, ſcilicet de Nuptiis, Legitimatione, Adoptione, & de-
nique Liber hic abſolvitur materiâ tutelarum.

In ſecundo agitur de rerum diviſione, acquirendo earum dominio,
de ſervitutibus prædialibus tum realibus, tum perſonalibus, de Uſuca-
pionibus, Donationibus, & Modis acquirendi per ultimam, eámque ex-
preſſam teſtatoris voluntatem, nimirum de Teſtamentis, legatis, fidei-
commiſſis, & Codicillis, aliisque materiis concurrentibus.

In tertio traditur materia Succeſſionis ab inteſtato, tum civilis, tum
prætoriæ: Item de Obligationibus, & modis eas inducendi per negotia
licita, id eſt de pactis & contractibus verè & quaſi talibus.

In quarto ſequuntur modi, quibus obligatio inducitur per negotia,
ſeu facta illicita, nempe delicta vel quaſi: Subſequitur poſtea mate-
ria de Actionibus, tum in genere, tum in ſpecie talibus, nec non de iis,
per quos agere, & quomodo, ac quamdiu agere poſſumus, nimirum
de Procuratoribus, Satisdationibus, Perpetuis, & Temporalibus Actio-
nibus, ac poſtmodùm de Modis, quibus actionibus occurritur, id eſt
de Exceptionibus, Replicationibus, ſubnexis Actionibus extraordina-

riis, ſcilicet Interdictis, & Pœna temerè litigantium: Nec non quale & quantum ſit in actionibus Judicis officium. Ac tandem hunc Librum & integras Inſtitutiones claudit materia de publicis Judiciis. (a)

14 Finis exponitur rurſus ab Imperatore noſtro *in l. 2. §. 11. C. de V. J. E.* his verbis, *ſed cùm perſpeximus, quòd ad portandam tantæ ſapientiæ molem* (Pandectarum Libros intelligens) *non ſunt idonei homines rudes, & qui in primis legum veſtibulis ſtantes intrare ad arcana eorum properant, aliam mediocrem eruditionem præparandam eſſe cenſuimus, ut ſub ea colorati & quaſi primitiis omnium imbuti, poſſint ad penetralia eorum intrare, & formam legum pulcherrimam non conniventibus oculis aſpicere*: paulò pòſt. *Quibus* (fundamentis) *Juvenes ſuffulti poſſint graviora & perfectiora legum ſcita ſuſtentare.* Jungantur ea, quæ habentur in *§. 2. de J. & J.*

15 De effectu legali, ſeu authoritate deciſiva horum Librorum dubitare non finit textus in *§. 6. b. Quas* (intellige Inſtitutiones) *cùm tres viri prudentes prædicti nobis obtulerunt, & legimus* (ergo Juſtinianus non fuit ἀναλφάβητες, uti aliqui calumniantur) & *recognovimus*, & NB. *pleniſſimum noſtrarum Conſtitutionum robur eis accomodavimus.* Nec quidquam refert, quòd textus in Inſtitutis non allegetur per modum *legis*, ſed tantùm per *prin.* & *§§.* cùm in effectu tantum valeat §. in Inſtitutis, quantum lex in Digeſtis, vel Codice. *Hopp. ad hunc §. 6.* Non enim è re videbatur compilatoribus Inſtitutiones, utpote breviores, in leges, & has demum in §§. dividere, ſed placuit ſtatim in §§. diſpartiri.

§. II.

De Digeſtis ſeu Pandectis.

16 SEcundum locum in Corpore Juris Civilis occupant DIGESTA, ex eo ita dicta, quòd confuſa, atque hinc inde diſperſa prudentum argumenta, ſeu reſponſa contineant, debito ordine & forma digerant. *L. 2. §. 1. l. 3. §. 1. C. de V. J. E.*

Appellantur etiam PANDECTÆ (quod nomen alii in maſculino, alii in fœminino efferunt) à verbo græco παντὰ & δέχεϑαι vel à πανδέχομαι, quaſi omnia capientia, quæ Jure antiquo continebantur *§. 4. b. & citt. mox tt.* Sunt autem Pandectæ *Liber Syſtematicus ex Veterum JCtorum libris ſeu reſponſis ſecundùm ordinem Edicti perpetui juſſu Imperatoris Juſtiniani à Triboniano* ejùsque *ſociis compilatus.* Dicitur I. *Syſtemati-*

(a) Cæterùm, uti maximam merentur laudem, quòd non exiguam Romanæ antiquitatis partem contineant; ita nævis non carent, & in multis videlicet de Sponſalibus, dote, divortio, de pignoribus, de in integrum reſtitutione, aliiſque materiis quoad fundamenta deficiunt.

ticus, id eſt, legitimo ordine congeſtus, ac compoſitus. Dicitur II. *Ex veterum Juris-Conſultorum Libris*: Reſponſa quippe prudentum, de quibus infrà in Hiſtoria Juris, usque ad duo penè millia librorum, & plusquam trecenties decem millia verſuum excreverant. *d. l. 2. §. 1. C. de V. J. E.* ex his, non paucis quidem mutatis, additis, vel omiſſis (ita imperante Juſtiniano (a) in *d. l. 1. §. 6. & 7.*) fuerunt compoſita. Dicitur III. *Secundùm ordinem Edicti perpetui.* Erat edictum illud authoritate & juſſu Hadriani Imperatoris à Salvio Juliano ex variis Prætorum Romanorum Edictis certo ordine propoſitum, quem ordinem, licèt non ſemper, uti oſtendit *Maurit. de Lib. Jur. Com. poſ. 8.* præcipuè tamen præ oculis habuêre compilatores Pandectarum. Dicitur IV. à *Triboniano ejúsque ſociis.* Erat autem Tribonianus MAGISTER Officiorum, cui incumbebat totius penè Aulæ cura, & EXQUÆSTOR *ſacri palatii*, quod idem eſt, ac hodie Cancellarius, ad quem cura legum & Juris pertinet, ſeu legum cuſtos. *Vinn. ad d. §. 3. h.* hinc meritò aliis compilatoribus, quorum nomina habentur in *l. 2. §. 9. & l. 3. §. 9. de V. J. E.* præfertur.

Pandectæ aliter dividuntur à Gloſſatoribus, aliter à Juſtiniano: ab 17
illis dividuntur in tres partes, nimirum in Digeſtum *Vetus*, quatenus cæteras partes antecellit, séque extendit usque ad titulum finalem *lib. 24. ſolut. matr. Infortiatum* vel potiùs *Infartiatum*, quaſi inter novum & vetus medium, & *Novum*, quaſi noviter, ſeu ultimò compoſitum, vel quia incipit à tit. *de nov. oper. nun.* quæ diviſio cum datis rationibus, utpote non authentica, nos nec tangit, nec angit. Juſtinianus verò in ſeptem partes diſpartitus eſt, quas rurſus in libros, hos in titulos, titulos in leges, & iſtas, ſi longiores ſint, in §§. ſubdiviſit. Juvat has pro comparanda aliquali ſaltem ordinis notitia, quæ in quærendis textibus ſummè utilis eſt, pauliſper tangere.

Prima igitur pars ſe extendit usque ad Librum quintum, continétque Juris ac Judiciorum prima initia, quatuor Libris expoſita: tractat nimirum de Jure & Juſtitia, de Legibus, Jurisdictione, officio Magiſtratuum, de in Integrum Reſtitutione, de Arbitris &c.

Secunda usque ad 12. continétque intra ſeptem Libros Judicia tum in genere, tum in ſpecie realia, ſcilicet petitiones hæreditatis, rei vindicationes, ſervitutes, item quasdam actiones etiam perſonales ex facto tum illicito, ùt Legis Aquiliæ, Quadrupedariæ, Noxalis, tum licito, Familiæ Erciſcundæ, Communi Dividundo &c.

Tertia per octo Libros, ſcilicet usque ad 20. tractat judicia pleraque perſonalia per varios contractus.

(a) Hinc non erit imputandum Triboniano, quòd pro re nata leges interpolaverit, vel quædam ad uſum ſuorum temporum, pro quo ſcripſit, omiſerit.

Quarta per octo Libros, adeóque usque 28. excluſivè exponit ea, quæ prioribus negotiis accedunt, videlicet Pignora, Evictiones, Uſuras, item aliquot partes proceſſus judiciarii, nimirum de Probationibus, de Fide Inſtrumentorum, de Teſtibus, quibus accedunt materiæ Nuptiarum, Dotium, & Tutelarum.

Quinta Libris 9. hinc à 28. usque ad 37. explicat materias Ultimarum Voluntatum, ſeu Teſtamentorum.

Sexta à Lib. 37. usque ad 45. per 9. Libros, tractat materias Bonorum Poſſeſſionis, Legitimarum Succeſſionum ab inteſtato, Nuntiationis novi operis, Damni Infecti, Donationum, Modos acquirendi Dominii, Poſſeſſionis, Uſucapiendi, Res Judicatas, & Interdicta.

Septima denique pars ſex Libris abſolvitur, verſatúrque circa materias Stipulationum, Solutionum, Criminum, Pœnarum, Appellationum, ac ea omnia, quæ concernunt Municipales, diverſas, ſeu extraordinarias Cognitiones, Verborum Significationes, ac Regulas Juris. Si rationem deſideras, cur Imperator Digeſta in ſeptem partes dividi curaverit, habes illam in *l. 3. §. 1. C. de J. V. E.* Reſpexit nempe ad numerorum naturam, & harmoniam, quatenus numerus ſeptenarius veteribus viſus eſt Sacer, ac Sanctus, ideo, ùt exiſtimat *Lauterb. loc. ſupra cit. num. 7.* etiam in teſtamentis obſervatus *l. 21. §. 2. & 3. C. de Teſtam. ordin.*

18 Hæ partes, uti ex dictis colligi poteſt, dividuntur in quinquaginta Libros continentes in ſe plures titulos ac leges: Numerus autem Titulorum variat propter varias, eásque diverſas compilationes, ſeu Editiones. Tres enim occurrunt, *Vulgaris, Norica*, ſeu *Haloandrica* & *Florentina*, olim *Melſitica*, poſtea *Piſana*, ac demum, utpote Florentiam tranſlata, Florentina nuncupata, quam optimam dicunt, quamvis & ipſa non careat mendis, uti *ex l. 52. §. 1. ff. ad L. Aquil.* ubi pro *dolon.* (id eſt flagellum) *dolor* legitur, in *l. 10. ff. de hær. vel act. vend. præſtituri*, haud dubiè pro *præſtitum iri*, oſtendit *Maurit. d. l. poſ. 9.* Porrò hæc diverſitas ex eo provenit, quòd unus titulus in duos fuerit diviſus (idem de legibus) vel duo in unum coaluerint. Equidem in Editionibus antiquis omnibus, ùt teſtatur idem *Maurit. ibid. poſ. 11.* & in recentioribus nonnullis, poſt titulum de *uſurp. & uſuc.* habetur titulus *pro ſoluto.* qui tamen in Florentina, quam imitatus eſt hìc Gothofredus, ſeu in noſtra vulgari non reperitur, ſed incipit à *l. 46. ff. de uſur. & uſuc.*

In Haloandrica reperies poſt titulum de *Reb. auth. jud. poſſ.* titulum *de Privilegiis credit.* non item in Florentina, nec eá, quâ nos utimur. Sed immixtus eſt *d. titulo de reb. auth. jud. poſſ.* ita ut *l. 16. ff. de reb. auth. jud. poſſ.* ſit *l. 1. ff. de Privil. credit.* Hinc non eſt mirum, ſi variet numerus, tam titulorum, quàm legum: quidam numerant titulos 433. alii 440. qui-

Digitized by Google

quidam 429. Ego in editione Gothofredi, quæ paſſim venditatur, numeravi 442. Leges pariter numerant alii 9123. alii 9198. nonnulli 8134. vel etiam 8145.

Quæres: cur Digeſta citari ſoleant per duplex ff? Varii varia ſentiunt: non eſt improbabilis conjectura eorum, qui ex imperitia Typographi mutantis π græcum, quod Pandectas ſignificabat, in duplex ff. id ortum credunt.

§. III.

De Codice & aliis Libris in Corpore Juris Civilis.

Tertium locum in Corpore Juris Civilis occupat Codex repetitæ præ- 19
lectionis. Eſtque Liber ſyſtematicus ex variis Imperatorum Reſcriptis, aliiſque conſtitutionibus authoritate Juſtiniani collectus. Dicitur *repetitæ prælectionis* ad diſtinctionem Codicis prioris Juſtinianei, quem Imperator noſter ſtatim altero ſuo Regiminis anno ex Codicibus Gregoriano, Hermogeniano, & Thedoſiano componi curaverat.

Dividitur in duodecim Libros, Libri in titulos, hi in leges, quæ, ſi longiores ſunt, in principia & in §§. ſubdividuntur, veluti in Digeſtis. Numerus titulorum & legum rurſus incertus eſt, dum alii titulos 804. alii 764. Ego rurſus 765. recenſui. Leges numerantur ab aliis 4554. ab aliis 4648.

Deſumptus eſt ex Codice priori Juſtinianeo, adeóque continet mera Imperatorum veterum Reſcripta ad caſus dubios emanantia, quibus ſuperadditæ & hinc inde immixtæ reperiuntur novæ Conſtitutiones ipſius Juſtiniani, quibus jus antiquum certum vel confirmat, vel emendat. *Conſtit. cordi nobis eſt. de Emend. Cod. §. 1.* & in ſpecie 50. ejusdem Deciſiones notatu memorabiles unà cum *Authenticis*.

Verùm cur tantùm quædam leges Deciſiones dici debeant, cùm 20
tamen omnes aliquid decidant? Non eſt aliter: interim tamen ſunt quædam Conſtitutiones Codici inſertæ, quibus Imperator in ſpecie decidit dubia JCtorum Veterum, & iſtæ vocantur in ſpecie, ſeu per quandam antonomaſiam vel eminentiam *Deciſiones*: Idcirco ſummoperè intereſt ſcire, utrum ſit una ex 50. Deciſionibus, quia iſtæ derogant aliis legibus prioribus. Neque ſunt confundendæ cum novis Imperatoris conſtitutionibus; nam hæ jus antiquum *certum* vel confirmant, vel corrigunt: illæ jus inter veteres *controverſum*, & dubium decidunt. Stryck. ad *§. 3. Inſt. de libert.*

Quæres, unde poſſit dignoſci, num ſit una ex 50. Deciſionibus! Nos, omiſsis aliorum opinionibûs, indiſpenſabile & eſſentiale requiſitum

Digitized by Google

ſum putamus. ut allegetur dubium inter JCtos veteres, & Juſtinianus illud (a) decidat, qui eſt illarum ſcopus & finis: ibi in *d. §. 3. de Libert. per quas*(Deciſiones) *ſuggerente nobis Triboniano Viro Excelſo antiqui Juris altercationes placavimus.* Unica hac indiſpenſabili eſſentiali & differentiali nota contenti ſumus. Vid. exempla *in l. fin. C. ad S.C. Maced. l. fin. C. per quas perſ. nobis acquir. l. fin. C. de ſervit. l. pen. C. de condict. ind.* Interim non negamus, has Deciſiones eſſe plerumque inſcriptas ad Joannem, vel Julianum Præfectos Prætorio, & ſubſcriptas ſub conſulatu Lampadii & Oreſtis, qui faſces Conſulares Ann. 530. tenuere, vel poſt eorum conſulatum duobus, aut etiam probabiliter tribûs annîs, nimirum 531. 532. & 533. ſed prior nota non eſt differentialis, quia reperiuntur & aliæ novæ conſtitutiones, quæ his deciſionibus annumerari non poſſunt, ad hos Præfectos directæ, uti patet ex *l. 23. C. mand.* aliiſque pluribus: poſterior verò non ſemper adeſt, ùt videre eſt in *l. pen. C. pro ſoc. l. ult. C. de contr. empt. vend.* quæ in ſpecie Deciſiones ſunt, nec tamen ſubſcriptionem annexam habent. Earum Catalogum ex Merillio, temporis ordine ſervato, exhibet *laud. Brunn. loc. cit. §. 7.*

21 Codici inſertæ ſunt authenticæ, litteris minuſculis impreſſæ: aliquæ Authorem laudant Fridericum Imperatorem I. aliquæ II. ùt oſtendit *Stryck. in Præcog. Jur. Univ. c. 6. §. 2.* quales ſunt *Auth. Item nulla*, *Auth. ſtatuimus de Epiſc. & Cler. Auth. habita ne filius pro Patre. Auth. Caſſa de SS. EE. Authent. Sacramenta puberum, ſi adverſ. vendit. Auth. Navigia de furtis.* Reliquæ verò ſaltem plurimæ (de omnibus enim non conſtat. *Videat Strauch. integr. diſput.* Irnerius non errans) fuerunt compoſitæ ab Irnerio, ſeu, ùt alii volunt, Wernerio Juris-Conſulto Bononienſi, quas compendiosè ex Novellis decerpſit, & Codici inſeruit.

Interrogas, cur ergo Irnerius ſua Novellarum compendia Codici inſerueris? Non ſine ratione hoc factum exiſtimes. Siquidem Novellæ in multis, ùt infra videbimus, derogant Codici: voluit igitur, & quidem ſatis conſultè, ut Authentica deſumpta ex novella corrigente, ſtatim legi, quam corrigit, ſubjiciatur: unde primo intuitu colligi poſſit, textum illum per novellam eſſe correctum, ne quod Juris ſtudioſus in Codice didicit, in novellis poſtea dediſcere cogeretur, clarum exemplum habemus in *auth. Decernit. C. de recept. arbitr.* deſumpta ex *Nov. 82. cap. 11.* quæ corrigit *l. 4. C. d. t.* quippe in *d. l. 4.* permiſſum eſt compromiſſo adjicere juramentum, quod *in d. Nov.* & ex ea deſumpta *Auth. Decernit*, corrigitur. Numerantur Authenticæ per univerſum Codicem 233.

Quar-

(a) Non tantùm in genere; ſed circa ſpeciem. vid. *Brunn. Hiſt. Jur. Juſt. p. 2. c. 7. §. 11.*

Quartum locum occupat compilatio Novellarum, in novem Col- 22
lationes, quæ novellas 168. continent, diviſa: Nuncupantur ideo No-
vellæ, quia ſunt jus noviſſimum, ſeu ultimum Juſtiniani. Appellantur
etiam AUTHENTICÆ, & ita à veteribus citari ſolent, non uno tem-
pore, ſed pro re nata, ad explicandas, ſupplendas, vel emendandas le-
ges priores ſucceſſivè editæ. Emanârunt primò in lingua Græca, poſt-
modum verò, ſi non omnes, ſaltem plures, juſſu Juſtiniani in Latinum
translatæ, uti eruitur ex *Nov. 17. in Præfatione, & Nov. 66. c. 1. v. 2.* ver-
ſio reliquarum vulgata, cui adſcribenda ſit, non conſtat.

Quintum locum demum occupant quinque Libri Feudorum, con- 23
tinentes conſuetudines, ſeu materiam de Feudis: Collegerunt hos Li-
bros Obertus de Orto, & Gerhardus Capagiſtus, ſive Niger *2. feud. 1.*
Item *2. feud. 23. & 25.* qui fuerunt Conſules Mediolanenſes; diximus:
quinque, licèt in Editione Gothofredi tantùm extent *Lib. I. II. & V.*
Libris *III. & IV. omiſſis*, vel potiùs cum ſecundo confuſis, & videtur
Liber ſecundus deſinere in *tit. de Notis 2. feud. 58.* ſequentes enim tituli
ſunt incertæ authoritatis. Hinc Capitula à *tit. 72.* usque ad finem ejus-
dem Libri dicuntur extraordinaria, unde ad deciſiònem cauſarum non
rectè allegantur, niſi cum prioribus conveniant, vel eos explicent, ùt
communis docet opinio. Hæc de partibus Corporis Juris Civilis.

Quæres jam, an & quinam Libri ſunt Authentici? Inſtitutiones 24
pollere Authoritate deciſiva, probant dicta ſuperiùs *num. 11.* De Digeſtis
& Codice idem paret tum ex *Conſtitutione DEO Authore de Concept. Di-
geſt. in fin. cùm ex Conſtitutione Tanta de Confirmatione Digeſtorum (quæ in
Cod. ſunt l. 1. & 2. C. de V. J. E. §. 19. in verbis: Hasce itaque leges & ado-
rate & obſervate &c.* Sunt tamen quædam à Contio & Cujacio è Græ-
cis originalibus reſtitutæ, ſed, cùm non conſtet authenticè, utrùm ſint ex
veris originalibus deſumptæ, pro Apocryphis habentur, *Lauterb. d. l.
§. 5. num. 6. & 7.* Inter eas ſunt *l. 36. l. 39. l. 40. C. de Epiſc. & Cler. l. 17.
18. 30. 31. 32. 33. & 34. C. de Epiſc. Aud.* & aliæ, de quibus Gothofredus
in notis jam mentionem facere ſolet.

Quoad *Authenticas* Codici inſertas certum eſt, eas, quæ emanârunt
à Fridericis, eſſe authenticas, quia authoritate imperatoria fuerunt tum
latæ, tum in Corpus Juris relatæ, ùt videre eſt *in Auth. habita ne fil. pro
Patr.* Aliæ verò in tantum obtinent authoritatem, in quantum corre-
ſpondent ſuis fontibus, ſeu Novellis, unde deſumptæ ſunt: hoc ipſo,
quòd authoritate tantùm privata compoſitæ, & Codici inſertæ fuerint.
Nec obſtat opinio memorati Strauchii *d. diſſ. c. 2. n. 7.* ubi dicit, Fride-
ricum eas approbâſſe, cùm hoc aſſertum nulla conſtitutione Fridericia-
na in ſpecie firmare valeat, & quamvis Fridericus generaliter Jus Civile
ap-

approbaverit, hæc tamen approbatio generalis non ſufficit, quia extractus non aliter probat, niſi in quantum correſpondet ſuo originali. Accedit, quòd, ſi Fridericus approbando generaliter Jus Civile, etiam authenticas, etſi novellis, unde deſumptæ ſunt, diſſentiant, approbâſſet, ùt vult Laud. Author, approbâſſet ſimul Jura contraria, quòd ſana ratione dici non poteſt. Cenſetur igitur Fridericus approbâſſe authenticas, in quantum correſpondent ſuis fontibus. Minùs de Novellarum vi deciſiva dubitandum, cùm authoritate Juſtiniani, uti conſtat ex dictis, pro explicandis, ſupplendis, vel etiam emendandis juribus prioribus editæ ſint. Quasdam tamen excipiunt, & pro Apocryphis habent, *Præfat. Lauterb. l.cit. §.6. n.4. & alii.* Quò ſpectant tres ultimæ, à Cujacio adjectæ: ſunt præterea quædam ſpuriæ, ſcilicet *Nov. 135. 158.* & multorum opinione *Nov. 138.*

Feudorum Liber primus totus; ſecundus usque ad Tit. 58 incluſivè agnoſcitur pro authentico. Reliqui Libri incertæ ſunt authoritatis.

DE RUBRICIS, ideo ita dictis, quòd olim rubris litteris ſcribebentur, & nil aliud ſunt, quàm inſcriptio ſeu titulus materiam ſubſtratam (quæ nigrum dicitur) velut hedera hoſpitium, indicans.

Quæri ſolet, an vim legis obtineant? Reſpondetur circa Rubricas Juris Canonici nimirum Decretalium, Sexti, Clementinarum, & Extravagantium, ſi ſenſum completum & integrum faciant, affirmativè. Tales ſunt: *Ne ſede vacante aliquid innovetur, ut Eccleſiaſtica Beneficia ſine diminutione conferantur.* Idem dicendum de Rubricis Juris Civilis, videlicet in Digeſtis (in Inſtitutis enim vix ullam reperies, quæ contineat perfectum ſenſum) & Codice, cùm ſint ab ipſis compilatoribus authoritate legislatoris præfixæ, & unà cum ipſa materia, ſeu nigro approbatæ. Rubricas habentes perfectum ſenſum habes in Pandectis: *quod quiſque Juris in alterum ſtatuerit, eodem & ipſe utatur.* In Codice: *ne quis in ſua cauſa judicet; vel jus ſibi dicat. Ut nemo invitus agere cogatur &c.* Si tamen Rubrica pugnaret cum nigro, haud dubiè ſtandum eſſet nigro, ùt docet cum communi *P. Reiffenſt. in Proœm. Jur. Can. §.6. n.97.* De Rubricis Decreti Gratiani, *arg.* eorum, quæ tradita ſunt de ipſo nigro ſuperiùs *num. 2.* & juxta multos, de Rubricis Novellarum, cùm non conſtet, quiſnam illas compoſuerit, ſecus eſt dicendum, ac tenendum, non conſtare authoritate deciſiva, ob datas rationes. Dictum fuit ſuperiùs, *ſi habeant perfectum ſenſum:* nam aliàs tantùm juvant ad explicandum nigrum, uti in decurſu apparebit.

25 Non eſt omittendus modus citandi ſeu allegandi textus in noſtro Jure Civili. In Inſtitutis allegantur *principia & paragraphi*, additô *titulô v.g. pr. Inſtit. de adopt. §. 3. Inſtit. de teſtam.* id eſt principio Inſtitutio-

tionum de adoptionibus: poteſt etiam, ſi allegetur Paragraphus, omitti particula *Inſtitutionum*, ſi enim ſolus Paragraphus citetur, jam conſtare debet, hoc eſſe in Inſtitutis; nam in Digeſtis & Codice citatio fit per *Leges* & *§§.* Unde bene citas hoc modo *§. 1. de Nuptiis*, ſubintelligitur nempe particula *Inſtitutionum*. In Digeſtis citatur *Lex*, & ſi *Paragraphos* habeat, illorum numerus. Addito π vel ϖ Græco aut duplici ff. vel D. unà cum titulo e. g. *L. 3. ff. de J. & J. L. 1. pr. vel §. 5. ff. depoſit. &c.* Si autem omittas ſignum ff. ſubintelligitur v. g. *L. 30. de Reg. Jur.* intellige ff. quandoque apponitur verbum initiale, v. g. *L. Papinianus 8. §. meminiſſe 14. de inoff. teſt.* ubi numerus prætermitti poteſt. Eodem modo allegatur proportionaliter in Codice. V. g. *L. quoties 15. C. de R. V. vel L. 15. C. de R. V.* In Authenticis, cùm numerum non habeant, debet citari verbum initiale, additô titulô v. g. *Authentica habita C. ne fil. pro Patr.* poſſet non incongruè omitti in allegatione Authenticarum Lit. C. ſeu *Cod.* quia aliunde conſtat, *Authenticas* non alibi, quàm in Codice reperiri. In Novellis citatur hodie hoc modo, v. g. *Nov. 115. c. 3. vel N. 115. c. 1.* Veteres plerumque numerum collationis ſubjicere ſolent: v. g. *Auth. ut ſponſalitia largitas. §. ad hæc quoque. Collect. 9. id eſt Nov. 119. cap. 6.* In Feudis citatur Liber, & Titulus v. g. *2. Feud. 29.* vel etiam priùs Titulus, & poſtea Liber, v. g. *29. Feud. 2.* Hic prior numerus non poteſt indicare Librum, cùm tantùm duo, vel ad ſummum quinque Libri in Feudis citari poſſint.

Hactenus de Libris tum Juris Canonici, tum Civilis: paucis diſquiramus, quâ viâ eundum ſit, ſi diſcrepent. Ubi cum *P. Engel cit. Procem. Jur. Can. n. 19.* tradimus ſequentes regulas. *Prima:* in materia adiaphora, ſeu indifferenti jus obſcurum ſequitur clarum, unde, ſi Jus Civile clarum ſit, Jus verò Canonicum obſcurum, hoc illud ſequi non dedignatur, & viciſſim, adeóque ſtandum erit Juri claro per textus vulgatos *in c. 1. & 2. de N. O. N.* cùm igitur tanta ſit inter hæc jura dependentia, ac confœderatio, vix poterit quis comparare notitiam Juris Canonici, quin ſtuduerit Juri Civili. Si hoc, ais, nulla perſona Eccleſiaſtica pervenire poterit ad completam notitiam Juris Canonici (quod eſt contra omnem experientiam) veneramur equidem Clericos tam Regulares quàm Sæculares in utraque Juriſprudentia verſatiſſimos, cùm *in c. ult. ne Cler. vel Monach.* ſub pœna excommunicationis interdicatur perſonis Eccleſiaſticis ſtudium Juris Civilis. Reponimus, id intelligi debere de illo ſtudio, quod abſtrahit à diſciplina Eccleſiaſtica, & unicè tendit ad officia ſæcularia, v. g. Advocatiæ &c. ſubeunda, non item de eo, quod ex fine ſuo primario ad majorem intelligentiam Juris Canonici ſuſcipitur. 26

Secunda. Si Jus Canonicum & Civile inter ſe ita diſſentiant, atque ſibi contrarientur, ut conciliari non poſſint, & ſit materia conſcientiæ, ſtandum eſt Juri Canonico, veluti patet ex *cap. ult. de præſcript.* ubi corrigitur Jus Civile admittens præſcriptionem cum mala fide ſupervenien- te, *cùm omne, quod non eſt ex fide, peccatum eſt:* ſi autem ſit materia adiaphora, ſeu profana, quæ non tangit conſcientiam, quodlibet jus ſervatur in ſuo foro: quò ſpectant ſolemnitates teſtamentorum. Ubi in terris Pontificiis *juxta cap. 10. de teſtam.* ſufficiunt duo, vel tres teſtes; in terris Imperii requiruntur ſeptem *l. 21. C. de Teſtam. ord.*

Tertia. In materia ſpirituali, & Sacramentorum, diſpoſitione Juris Civilis inſuper habita, univerſim ad Jus Canonicum recurrendum eſt; ſiquidem tractatio rerum ſpiritualium ad perſonas Eccleſiaſticas pertinet *cap. 2. de Jud.* Unde eſto Jure Civili ad matrimonium requiratur conſenſus Parentum, *l. 2. ff. de R. N.* Jure tamen Canonico, cujus diſpoſitionem hic ſequimur, non eſt neceſſarius. *Trid. Seſſ. 24. de Ref. matr. c. 1.*

Quarta. Leges Civiles, ſi immediatè de Clericis vel rebus Eccleſiaſticis diſponant, ob defectum juriſdictionis, nullius ſunt roboris, quamvis favorem perſonarum Eccleſiaſticarum concernant. *c. 5. & 6. diſt. 96. c. 10. de conſtit.* Sufficiant hæc de Libris utriusque Juris: Propiùs ad noſtrum ſcopum deſcendendum, & videndum, unde Juriſprudentia noſtra Civilis originem ſuam traxerit, quod nobis ſuccinctè patefaciet

PARS III.

De Origine Juris Civilis Romani.

HISTORIA JURIS.

Hiſtoriam Juris, etſi à multis præſertim, ſi unum mox citandum excipias, Noſtratibus, qui hactenus in lucem prodiêre, neglectam, ad genuinam Juriſprudentiæ noſtræ intelligentiam ſummoperè neceſſariam eſſe, nemo Rerum Civilium peritus inficias ibit; ita quidem, ùt *Franciſcus Balduinus in Præfat. Juriſprud. Mutianæ,* Hiſtoriam, & Juriſprudentiam duas unius corporis partes eſſe, aſſerere non ſit veritus: & ſi quis eas dividat, utramque corrumpere, támque ſtultè agere videatur, quàm qui cum ſocio navigante navem dividere deſiderabat: Idipſum confirmat *lib. 2. de Inſtit. hiſtor.* Nec aliter ſentit *Briſſ. in Epiſt. nuncup. ad lib. 1. Antiq. Rom.* ibi: *Magnam omnino deſiderat Juriſprudentia rerum veterum memoriam, nec, niſi ab eo, qui totius Antiquitatis animô perſpectam cognitionem habeat, dignè, ac meretur, explicari poteſt.* Liceat igitur paulò la-

latiùs hic vagari, illámque ab incunabulis prælibare. Habuit enim cum ipſa urbe Roma varias viciſſitudines; neque illius facies ſemper una fuit, ſed pro varietate ſtatûs identidem alterata, & ſicut ipſa Romana Reſpublica primò à Regibus, his verò ejectis, mox à Dictatoribus; ubi interdum ad Democratiam magis, interdum ad Ariſtocratiam inclinabat; tandem verò ab Imperatoribus dirigebatur; ita aliæ & aliæ rogabantur leges, de quibus jam ordine, ſuccinctè tamen conſiderandæ veniunt tres Periodi. Prima Statûs Regii. Altera Popularis. Tertia Imperatorii. Sit igitur

PRIMA PERIODUS.

De Statu Regio.

PRimus Orbis Romani Status Regius fuit, hinc Leges Regiæ ortæ, licèt enim initiò Populus Romanus ſine lege & jure certo vixerit, omniáque *manu*, id eſt, ùt explicat *Chriſtoph. Godofr. Hoffmann. Hiſtor. Juris Rom. period. 1. in Illuſt. §. 2. Lit. A. & Georg. Subbart. de fatis Juriſpr. Exercit. 1. §. 9.* non deſpotico, & planè illimitato, ſed juſto arbitrio à Regibus gubernaretur, poſtea tamen aucta civitate tum Romulus, tum alii Reges curiatim leges tulerunt. Siquidem Romulus, à quo Roma Anno Mundi 3220. ante Chriſtum natum 750. condita, nomen traxit, urbem in varias Curias diviſit, & leges tulit I. de Jure patronatûs, quo patronos, & clientes invicem devinxerat, illos ad patrocinium, hos ad officia adſtringens. II. De poteſtate maritali circa communionem Sacrorum, & indiſſolubilitatem vinculi matrimonialis. III. De patria poteſtate. *Vid. Illuſt. Clariſſ. ac Conſultiſſ. D. Franciſcus Joſephus de Herz in Herzenfeld, Conſiliarius Intimus, & Aulicus: Jur. Publ. Profeſſor Ordin. ac Colleg. Colendiſſ. in Eruditiſſ. ſuo Magiſt. Rom. Germ. Lib. 1. c. 1. à n. 18.* Ampliſſima ſiquidem fuit Parentum in liberos poteſtas. *Dionyſ. Halicarn. lib. 2. n. 72.* omnis enim poteſtas patri in filium, & quidem toto vitæ tempore ita conceſſa legitur, ut illum necare, vendere, in carcerem detrudere potuerit. Præerat igitur Pater tam uxori, quàm liberis, ſed diverſo Imperii genere, uxori *civiliter*, filiis *regiè*: prius conſtat ex *l. 41. pr. de leg. 3. & l. 19. §. 1. ff. de ann. leg.* ubi uxor vocatur *Domina*, *Huber. de his, qui ſui ſui vel alieni jur. n. 2.* poſterius eruitur *ex §. 2. Inſtit. de patr. pot. & l. 11. ff. de lib. & poſtb. in fine. confer. cit. Subbart. d. l. §. 22. pag. 42.*

Suberant quippe liberi Parentibus ſervorum more. Ita tamen, ut ſervus venditus de manu in manum transiret, nexu non ſoluto; ſed con-

continuato, filius econtra venditione liberior fieret, nec ita ſubeſſet emptori, ſicut patri, præſertim quoad jus vitæ, & necis.

Ulteriùs ſervus *manumiſſus* fiebat *libertinus*, filius autem emancipatus *ingenuus*. Leges tulit Numa Pompilius de regendis *finibus*, ac terminandis agris publicis, & privatis, de contractibus, de conſervatione partûs, quò probabiliter ſpectat *l. 2. ff. de mort. inf.* & ſpecialiter de Jure Fecialium circa bellum confœderatis civitatibus injuſtè non inferendum, vel injurias Legatis illatas coërcendas, nec non de poteſtate Pontificum circa jura Sacrorum, eorúmque cæremonias occupata, *vid. Laud. Hoffmann. d. l. §. 7.* de officio ac poteſtate tam Fecialium, quàm Pontificum *conſul. mox cit. Illuſt. D. Hertz ibid. n. 23. & 24.*

2 Tulerunt, vel ſaltem priores confirmârunt leges etiam ſeqq. Reges Tullus Hoſtilius, Ancus Marcius, Tarquinius Priſcus, Servius Tullius, qui non tantùm leges Romuli, & Numæ Pomp. vetuſtate vix non neglectas in uſum revocavit, reſtauravitque, ſed etiam novas de contractibus, delictis, ære alieno, fœnore nexis rogavit, *Tacit. lib. 3. Annal. c. 26. confer. mox cit. Hoffmann, qui in Hiſt. Jur. Rom. vol. 2. part. prior.* integram diſſertationem de Legibus Regiis in lucem dedit. Tarquinius autem Superbus majorem in Tyrannide exercenda, quàm legibus condendis curam habuit. Hinc pro debita mercede, accedente ſtupro ab ejus filio Lucretiæ L. Tarquinii Collatini Cognati ſui uxori violenter illato, proſcriptionem retulit. Hinc Reges cum legibus ejecti.

Subſiſtis, cur Leges Regiæ, de quibus hactenus, *Curiatæ* nuncupentur? Reſp. à diviſione Populi Romani. Diviſerat enim Romulus Populum Romanum in tres partes, quas Tribus appellavit, & quamlibet tribum in decem, adeóque in 30. curias, æqualibus agrorum aſſignatis ſortibûs, ſubpartitus eſt. *Prælaud. Obſervandiſſ. D. Collega d. l. numer. 15.* ſuffragiô itaque convocatarum Curiarum rogatæ Leges Regiæ non immeritò Curiatæ appellabantur. *Stryck. Præcogn. Jur. univ. cap. 1. §. 3.*

Collegit has Leges Papyrius (a) unde natum jus Papyrianum *l. 2. §. 2. ff. de O. J.* Videantur fragmenta apud Grav. ibid. *lib. 2. §. 22. pag. m. 270.* Hæc Juris Romani ſub Regibus per 244. *Annos* facies & fata.

PE-

(a) Alii malunt Papiſium, qui vixit, & ſcripſit tempore Tarquinii ſuperbi: Erat Demerathi Corinthii nepos, ſeu filius, quod geminata litera ſeu major I. nepotum, ſeu filii filium ſignificat. Ita intelligatur Pomponius *in L. 2. §. 2. ff. de O. J.*

PERIODUS SECUNDA.

De Statu Populari.

Ejectis autem ob tyrannidem Tarquinii Superbi, Authore Bruto Tribuno Celerum, Regibûs, eorúmque legibûs (ſi quasdam, ùt probat *Subbart. d. l. §. 45. & ſeqq.* æquitati magis quàm juri Regio ſubnixas excipias) Populus incerto jure, & conſuetudine magis, quàm lege certa usque ad conquiſitas Græcorum leges, adeóque per 60. ferè annos, non 20. ùt putat Pompon. in *d. l. 2. §. 3. de O. J.* ſcilicet ab Ann. V. C. 244. usque ad Annum 303. circiter, uti cœpit *d. l. 2. §. 2. ff. de O. J.* ſed ſucceſſu vix non infeliciori. 3

Enatæ etenim inter Patritios & Plebem (illis Ariſtocratiam, hâc Democratiam præferente) diſcordiæ, rem Romanam ſummoperè turbârunt; ita, ut plebs ære alieno gravata, & idcirco à Patritiis intolerabiliter oppreſſa *Ann. V. C. 260.* relicta Patritiis urbe contra Extraneorum incurſus defendenda, ad montem ſacrum ſeceſſerit, nec priùs, quàm obligatione æris alieni remiſſa, extortáque ſimul creandi ſuos annuos Magiſtratus, quos vocabant Tribunos plebis, facultate, ad reditum perſuaderi potuerit. Quietem tamen nondum invenit. Excogitata *Ann. V. C. 268.* à Caſſio Lex Agraria de agris publicis inter plebejos dividendis, res plebi grata, odioſa Senatui novis diſſenſionibus occaſionem præbuit: ferebantur SCta, & plebiscita ob æmulationem ſibi invicem contrariantia. Plebe tandem certum jus urgente, communi omnium conſenſu miſſi ſunt in Græciam tres *Legati*, non decem; ùt rurſus probat *Bynckershöck de prætermiſſ. ad. d. l. 2.* & verba Pomponii *in d. l. 2. §. 4.* explicat, ad mutuandas leges Solonis, aliáque Græcarum Civitatum ſtatuta. His poſtea *A. V. C. 302.* reverſis; decem viri creati (unde decem-viratus dictus) qui hasce leges nutu populi emendârunt, decémque tabulis, probabiliter primò *eboreis*, poſtea verò *æneis*, operâ Hermodori exulis Epheſini, græci idiomatis periti, aliîs duabôs tabulis (cùm plura deeſſe viderentur) adjunctis, inſcripſerunt. Inde enatæ celebratiſſimæ in Jure Leges XII. Tabb. tanquam fons totius Jurisprudentiæ Romanæ, *vid. Liv. 3. c. 31. & ſeqq.* Has exponit *eruditiſſimus Gravina de O. J. lib. 2. à §. 23. pag. m. 276.*

His, cùm valde breves eſſent, & obſcuræ, acceſſit I. Diſputatio fori, ſeu reſponſa Juris Conſultorum (non tamen cum iis, quæ ſub ſtatu Imperatorio emanârunt, niſi teipſum, totámque Jurisprudentiam confundere velis, commiſcenda) ad interrogationem hæſitantium emanantia. De modo ita diſputandi exſtant veſtigia in *§. 1. Inſtit. de Codicill.* 4

l. 19. ff. de lib. & poſth. l. 17. de jure patr. Inter hæc Decem-viratus non ultra quatuor circiter annos, ſcilicet ab *A. V. C. 302.* usque ad Annum *306.* viguit. Huic enim, præter alias cauſas, quæ videri poſſunt apud *cit. Clariſſ. D. D. de Herz d. l. cap. 2. §. 5. num. 35.* Appii Claudii libido, qua filiæ Virginii, inſidiatus, odium plebis excitavit, finem impoſuit. Acceſſerunt II. *Actiones Legis* ſeu certæ in agendo præſcriptæ formulæ adeò ſtrictè obſervandæ, ut Actor unicâ particulâ omiſsâ causâ caderet, &, uti eorum ineptitudinem arguté perſtringunt Ciceronis verba *in orat. pro Murena*, ita eorum myſterium non ſemper latuit. Siquidem ab Appio Claudio (non Triumviro, qui integrô ſæculô priùs vixerat. *Hoffm. d. l. pag. 66.*) collectas Cnejus Flavius ejus ſcriba in plebem devulgavit *l. 2. §. 7. ff. de Orig. Jur.* Hinc frequens mentio divulgatorum faſtorum, Juriſque Flaviani. Verùm eſto hoc modo formularum incertitudo ſublata fuerit, major tamen per novas formulas notis, ſeu ſignis excogitatas, ſucceſſit obſcuritas: donec & iſta operâ Sexti Ælii, unde Jus Ælianum appellatum, populo publicarentur. *Hoffmann. d. l. pag. 67.* Huc fortè ſpectant hæc ſigna *A. T. M. D. O.* id eſt, *Ajo te mihi dare oportere: Q. N. T. S. Quando negas te Sacramento. P. A. F. A. Poſtulo anne ſias author.* Majores etiam inter Patricios & Plebem ob matrimonia inter illos, & hanc interdicta, ob agrorum diviſiones, æs alienum, diſtributiones bonorum, à quibus Plebeii excludebantur, ſubſecutæ ſunt diſcordiæ, & exinde A. V. C. *305.* SECUNDA PLEBIS ad Montem Aventinum, ac demum A. V. C. *367.* TERTIA ad Montem Janiculum, cùm ſcita Plebis lege Horatii omnes obſtringentia à Patriciis eluderentur, SECESSIO, donec lege Hortenſia cautum fuerit, ut Plebiscita vim legis perpetuæ obtinerent, unde

Acceſſerunt III. Plebiscita, aliæque leges videlicet Aquilia, Attilia, Falcidia, Furia, Voconia &c. de quibus ſuis locis.

Acceſſerunt IV. Edicta Prætorum: cùm enim faſces Conſulares *A. V. C. 378.* Plebeiis communicari debuerint, hinc poteſtati Patritiorum multum fuerit derogatum, alia Plebeus eludendi via per creationem novi Magiſtratûs ex ordine Patriciorum deſumendi, inventa fuit, *L. IV. l. 7. c. 7.* Et hæc fuit genuina cauſa inventæ Præturæ, ùt putat *Thomaſ. de nev. Juriſpr. lib. 1. c. 7.* Aliam nihilominus allegat *Pomponius in l. 2. §. 27. ff. de O. J.* Succeſſu temporis tamen ſcilicet *A. V. C. 418.* hæc dignitas etiam Plebeiis communicata legitur *apud Liv. lib. 8. c. 15.* Quàm ampla autem fuerit Prætorum Poteſtas, patebit in decurſu. Tu interim vide *l. 7. ff. de J. & J. & §. 7. de Jur. Nat. Gent. & Civ.* Proponebat igitur Prætor ab initio ſui annui Regiminis Edictum in tabulis dealbatis,

ex

ex quo publicè videri poſſit, quomodo illô annô v. g. circa tutelas, hæreditates, teſtamenta &c. jus eſſet dicturus.

Alia erant Generalia, & verè talia, quæ abſtrahebant à caſu particulari, alia ſpecialia, ſeu Decreta, cujus exemplum habes *in l. 75. ff. de jud. & in l. 53. ff. de re jud.* quæ nullatenus cum veris edictis confundenda. Cùm autem Prætores vel ambitione novitatis, aut odiô, vel gratiâ perſonarum ducti, Edicta ſua intra annum mutaverint, & modò juſtum dixerint, quod antea damnaverant, interrogante *C. Cornelio* Tribuno plebis ſancitum fuit, ut ab Edicto ſemel propoſito recedere illô annô (a) ampliùs non potuerint. Edictô poſtea D. Hadriani planè fuerunt facta perpetua. *Grav. de O. J. §. 38. pag. m. 66.*

Quænam fuerit Prætoris methodus in jure dicendo, vid. *Hoffmann. pag. 92.* Nos fortè alia occaſione. (b) Hic non immeritò dubius hæres:

An Senatus-Conſulta non huc ſint referenda? Vereor Senatus-Conſultis tempore Statûs popularis vim legis aſſerere, cùm conſtet ex *Dionyſ. Halicar. lib. 6.* illô ævô populum ſemper tria ſibi reſervâſſe, Jus *Belli & Pacis, creandi Magiſtratus*, atque *condendi leges.* Eſto leviora Senatui non ſint deneganda.

Idcircò veniam dabit Pomponius, ſi dicamus, lapſum fuiſſe *in ſua L. 2. §. 9. ff. de O. J.* Dum ait: *quòd, cùm difficile fuerit populum in tanta turba convenire, neceſſitas ipſa curam Reipublicæ in Senatum deduxerit, ita, ut quidquid ſtatuiſſet, obſervaretur:* quod de ſtatu populari dici cum veritate vix poteſt. *Nemo enim dubitat*, ait ſæpe laud. *Hoffmann. p. 177. Senatus-Conſulta demum ſub Imperatoribus vim legum accepiſſe*, & ita intelligit, *l. 9. ff. de ll.* ibi: *non ambigitur Senatus jus facere poſſe.* Fortè etiam huc reſpexit *Tribonianus in §. 5. Inſtit. de J. N. & C.* ubi enarrat: *cùm difficile eſſet, populum Romanum in unum convocare legis ſanciendæ cauſa æquum viſum fuit Senatum vice populi conſuli:* vult dicere: uti tempore ſtatûs popularis à Senatu conſulebatur populus, ita poſtea ab Imperatoribus vice populi conſulebatur Senatus. *jungatur Subbart. cit. tr. Exercit. 3. p. 546.* de his infrà. Hæc ſtatûs popularis ob continuas mutationes, ac æmulationes turbulenta conditio, An meliora ſperare liceat ex Monarchico; dabit

(a) Hinc errant, qui docent, lege Cornelia fuiſſe Edicta facta perpetua; hoc quippe tantùm hac lege ſtatutum fuit, ut Prætori non liceat ab Edicto, quod ab initio anni propoſuerat, in decurſu illius recedere. (b) Cape interim. Si de *jure* erat quæſtio, ipſe Prætor vel *pro tribunali*, & quidem in gravioribus, adhibito centumvirali judicio *arg. l. 13. & 17. ff. de inoff. teſtam.* vel de *plano* in levioribus cognoſcebat. Si de *facto* erat quæſtio, judicem dabat.

TER-

TERTIA PERIODUS.

De Statu Imperatorio.

6 NUlla tantæ confuſioni ſupererat medela, quàm con-vel ſubverſio totius ſtatûs à libero ad Monarchicum, in quem Romani, tum ambitione, tum aviditate Patritiorum, ac Conſulum, nimiáque Senatûs potentiâ pertæſi eò faciliùs condeſcendebant, quò avidiùs hanc regnandi formam Julius Cæſar intenderat.

Cæterùm quibûs artibûs, titulis ſimulatis, quáque aſtutiâ, tum Cæſar, tum Auguſtus, qui theatrum Reipublicæ Romanæ Scenâ planè mutuatâ renovârunt, ad Imperium pervenerint, quænam illorum animi dotes, ingeniúmque fuerit, nobis, utpote tantùm in Jurisprudentia hiſtorico-legali verſantibus non eſt cura inquirere, ſed tantùm quæ ad faciliorem, genuinúmque Juris intellectum viam ſternunt, breviter perſcrutari.

Julius Cæſar igitur, poſtquam Reipublicæ magna exhibuerat ſervitia, ſibique tam militum amorem, quàm populi favorem conciliaverat, fœdus cum Craſſo, & Pompejo æmulis, filiâ poſteriori nuptui datâ, inivit: primò Tribunus, poſtmodum Quæſtor, & demum Prætor, ac tandem Conſul cum Bibulo (quem nomine potiùs, quàm re Collegam habuit) factus; hæc officia ita geſſit, ut omnes ſcirent Cæſarem iis fungi. Reſpublica enim ſanitati reſtitui vix poterat, niſi adhibitis vehementioribûs remediis. Severiſſimè quippe jus dixit, ac inter alia, de quibus *Sueton. in vita Cæſ. cap. 40.* faſtos jam pridem vitio Pontificum per intercalandi licentiam ita turbatos, ut neque Feriæ Meſſium æſtati, neque Vindemiarum autumno competerent, correxit, *legémque* tulit *de parricidiis:* Intenderat inſuper Jurisprudentiam undique diſperſam, inutilibûs fictionibûs, formulisque nugatoriis, liberum ſtatum redolentibûs ſublatîs, in ordinem & compendium redigere, ſed optima cogitatio cruenta morte (à Caſſio enim & Bruto in Curiam veniens 25. vulneribûs confoſſus, interficitur) præventa fuit. Eruditè in hanc rem *Huberus in Auſpic. Domeſt. orat. 5. pag. 117. & ſeqq. cujus formalia allegat Thomas de Næv. Jurispr. næv. 19. pag. 60.* Eſto nimis Juſtiniano noſtro, ejúsque viris derogare, Julio verò Cæſari ultra modùm adulari videatur.

7 Poſt cruentam Cæſaris mortem in graviores turbas recidit Reſpublica, quibus tandem eam eripuit Octavius Auguſtus, qui exemplô Cæſaris, pace cum Antonio ſancita, hujúsque, ac Cleopatræ morte ſecuta, non tam Marte, quàm artes humanitate nempe, muneribúsque Im-

Imperio potitus, ſenſim Monarchiam in ſtatum perfectiorem redegit, Senatui nudo poteſtatis ſplendore, ac nomine relicto. Quamvis enim ingens Senatûs, utpote ex principalioribus Magiſtratibus, aliiſque Potentioribus compoſiti, apparuerit authoritas, præſertim translatis Authore Tiberio à Campo ad Senatum Comitiîs, in rei veritate tamen umbram potiùs, quàm genuinam poteſtatem non immeritò dixeris: varia nomina v.g. Ducum, Imperatorum, Conſulum (ut à Regis nomine Romanis odioſiſſimo abſtineretur) fingebantur. Neque videbatur conſultum abſoluta ſtatim, & aperta abuti poteſtate, hinc præmiſſis ad Senatum per ſe, vel per alium, nempe Quæſtorem, aut in abſentia, etiam per literas, orationibus, prodibant ad nutum Cæſarum Senatus-Conſulta per approbationem tum Senatûs, tum Principis confirmata, publicata, æneiſque tabb. inciſa vim legis habentia: De certo ſucceſſore per adoptionem providebatur, atque ita pedetentim, & inſenſibiliter, tectis nominibûs, populi æquè, ac Senatûs libertas langueſcebat. Hinc vix eſt credendum, quòd lex (ſi tamen aliqua fuit) vel pactum, ſive tacitum, ſive expreſſum, quô poteſtas imperandi in unum translata fuit, Lex Regia, de qua fit mentio in *l. 1. ff. de Conſtit. Princ.* & *§. 6. Inſt. de J. N. G.* & *C.* fuerit appellata. Dabatur inſuper Juris-Conſultis de Jure reſpondendi facultas usque dum, ùt dictum, ad SCta, ac tandem ad Conſtitutiones, Edicta, Reſcripta, & Mandata deventum eſt. De his pauca ordine.

8 Equidem non ignoramus, Juris-Conſultos, qui in Digeſtis nuncupantur Veteres *l. 3. §. 19. ff. de A. v. A. P. L. 10. §. 1. ff. de ædil. edict. l. 44. ff. ſolut. matrim. Hoffmann. period. 5. pag. 139.* etiam ſub libera Republica non pauca dediſſe reſponſa, de quibus ſæpè apud noſtros mentio: eorum tamen non erat tanta, ſicut apud Imperatores, authoritas. *vid. l. 2. §. 47. ff. de O. J.* Hinc ex hac Juris ſpecie emanâſſe dicunt ſubſtitutionem pupillarem, acquiſitionem per arrogationem, legitimam Patronorum tutelam, Codicillorum uſum, aliáque Juris capita, quàm plurima, ùt ait *Brunq. cit. l. c. 4. §. 9.* & *10.* Primò itaque ab Auguſto (quidquid contra ſentiat *Gothofr. in Comment. ad l. 1. C. Theod. pag. 32.* egregiè refutatus *à Thom. Nev. 20.*) hæc poteſtas per modum privilegii conceſſa fuit: ita, ut Judici ab eorum reſponſis non licuerit recedere *§. 8. Inſt. de J. N. G.* & *Civ. d. l. 2. §. 47. vid. exempla in l. 43. ff. de A. E. V.* & *l. 40. ff. de R. C.* Interim tamen ejusmodi reſponſa, quæ ſignata dabantur, tantùm vim obtinebant in illa cauſa, de qua fuerant interrogati, donec Imp. Theodoſ. ſcripta Papiniani, Pauli, Caji, Ulpiani, & Modeſtini univerſim approbaverit. *l. un. C. de reſponſ. prud.* Neque tamen credendum, JCtos pro libitu reſpondere potuiſſe, ſed non rarò rigo-

Digitized by Google

ri Juris adſtrictos, nec ſemper eorum ſententias receptas fuiſſe *vid. l. 39. §. 4. de ſtatu lib. & l. 53. ff. de V. S.* nec non *l. 1. §. 14. ff. ad L. Falcid.* Quid ſi diſſenſerint? Standum erat haud dubiè majori parti, vel habitus fuit Doctrinæ ſelectus. *arg. d. l. 2. §. 47. & fin. ff. de O. J. l. 7. C. de profeſſ. & Med. §. 25. Inſt. de R. D.* Cæteris paribus (licèt in medio hæreat *Thomas: d. Nev. 20. pag. 73.*) putamus, fuiſſe electionem penes Judicem, ut res exitum nanciſceretur.

Sanè maximis diſſenſionibus occaſionem ſub Tiberio dedêre duo illa Pacis Decora Attejus Capito Sabinianæ, ſeu Caſſianæ ſcholæ Anteſignanus, & Antiſtius Labeo Proculejanæ, ſeu Pegaſianæ Sectæ Ductor: Ille Imperatoribus, iſte populo, ſeu libertati nimiùm quantùm adulabatur: Antiquitatum Cultores illi, Novitatis Amatores iſti ſeſe profitebantur, uti colligere licet de *Sabino in l. 6. ff. de condict. ob turp. cauſ. & de Labeonis Succeſſore contrarium in l. 1. §. 9. ad L. Falci.* Illi Philoſophiæ incurii: Iſti Stoicæ opinioni addicti erant; unde orta Doctrina de *Fato*, de quo ſæpiùs, ſaltem relativè, in jure fit mentio. *vid. l. 28. §. fin. de jud. confer.* Bynckersh. *obſ. l. 4. c. 15.* Hujus diſſenſûs reliquiæ inter alias proſtant *in l. 7. ff. de A. R. D. & ex ea deſumpto §. 25. Inſtitut. de R. D. in l. 1. §. 1. ff. de cont. empt.* Fuerunt etiam non pauci nullius Sectæ addicti, quos numerat, additis cum patria moribûs, *Hoffmann. d. period. 5. ſect. 1. p. 174. & ſeqq. Grav. d. l. à §. 47. usque ad 104.* Firmatô tamen Imperiô, rebúsque pacatis, Imperatores mentem ad privatorum cauſas attentiùs applicare ſtuduerunt, & ad ſeſe relatas, adhibitis JCtis, quos in Aula ùt Miniſtros retinebant, variiſque Dignitatibus, Præfecturæ, Directionis ſcriniorum (loca, ubi ſcripturæ Principum aſſervabantur, quo ſpectat illud: *Jus Principum in ſcriniis conſtitutum l. 19. C. de teſtam.*) honorare ſoliti erant, dirimebant: Inde nota Principum *Reſcripta* ſæpe JCtorum reſponſis referta, ita, & viciſſim hæc illis immixta: Exempla priorum *vid. in l. 14. C. de præd. min. l. 12. C. de Legat.* notabiliter *l. 6. C. de Nupt.* ubi invenies *l. 65. §. 1. ff. de R. N.* Circa poſterius te docebit vel ſola *l. 1. ff. de quæſt.* ubi ultra 20. Principum Reſcripta referri animadvertes. Poſtea demum larvâ priſtinæ libertatis planè depoſitâ, Principes, præſertim Adriani temporibus, ſuam poteſtatem apertiùs prodiderunt, atque rempublicam per *Conſtitutiones* regere cœperunt. Unde orta regula: quidquid Principi placet, legis habet vigorem *l. 1. ff. de Conſtit. Princ. & §. 6. Inſtit. de J. N. G. & C.*

Harum variæ numerantur ſpecies, ſcilicet generales, ſpeciales, Edicta, Decreta, Reſcripta, Epiſtolæ, Mandata &c. de quibus ſuis locis.

AP-

Digitized by Google

APPENDIX PRIMA.
De Collectionibus præfatorum Jurium.

Vidimus hactenus noſtrarum legum natalia; non erit incongruum earum collectiones breviſſimè annectere. Præter collectionem Legum Regiarum Papyrii operâ in lucem datam, nec non Juris Flaviani, ac Æliani, de quibus ſuprà, ſupereſt collectio Juris ante-Juſtinianei, ipſiúsque Juſtiniani. Illius prima fuit collectio Edicti perpetui, juſſu Hadriani ſtudiô Salvii Juliani in lucem edita, ad cujus normam compilata ſunt Digeſta. Comprehendit hoc Edictum Prætorum Edicta, quibus Imperator authoritatem perpetuam, novis tamen ad compeſcendam in Edictis proponendis ambitionem Prætorum, prohibitis, impertitus eſt. In hujus laudes vel vituperia ire modò non juvat; Eſto nobis *Thomas de Nev. Juriſpr. l. 2. c. 3. pag. 83.* in compilatorem more ſuo, nimis acerbus videatur, ſiquidem Salvius Julianus, ſi lapſus, humanitatem paſſus eſt, cui nemo ſeſe ex integro ſubtrahet. Interea certum eſt, magnam fuiſſe hujus operis authoritatem, uti patet ex teſtimonio *Gothofr. in Manud. Jur. pag. 14. & 15.* Altera collectio juris ante-Juſtinianei fuit Codicis Gregoriani, & Hermogeniani, à Gregorio, & Hermogene JCris in lucem data. Continet Conſtitutiones Imperatorum infidelium ab Hadriano usque ad Conſtantinum Magnum, ita, ut prior antiquiores ab Adriano probabiliter usque ad Valerium & Gallienum, vel juxta alios, inter quos eſt *Brunn. cap. 13. §. 13.* usque ad Diocletianum: Alter verò noviores præſertim Diocletiani, & Maximiani usque ad Laud. Conſtantinum, collegerit. Tertia collectio fuit Theodoſiana à Theodoſio Juniore, adeóque authoritate publica compilata, comprehendens Reſcripta à Conſtantino Magno usque ad ipſum Theodoſium, à Gothofr. notis eruditiſſimis illuſtrata, & hinc ad explicandum noſtrum Codicem, ſi haberi promiſcuè poſſet, accommodatiſſima: plura de hac vide-ſis *apud Hoffmann. de collect. lib. 1. ſect. 3.* Tantùm de collectione Juris ante-Juſtinianei. 9

Juſtinianea debetur Authori ſuo Juſtiniano, qui Anno Chriſti 482. V.C. 1235. Illyrii natus, origine Tauriſius fuit; Patrem habuit naturalem Sabbatium, hominem obſcurum, Matrem Vigilantiam (aliis Biglenizam) Juſtini Imperatoris Sororem, Adoptivum verò eundem Juſtinum primò Subulcum, tum Fabrum lignarium, pòſt militem, inde Prætoriani Præfectum, tandem verò alienâ fortè pecuniâ, virtute nihilominus propria Imperatorem effectum. Fuit itaque ab hoc Juſtinianus, uti eruitur ex *Nov. 47. c. 1.* primùm Anno Chriſti 527. in conſortium 10

Imperii aſſumptus: Bella habuit cum Perſis, Vandalis, Gothis, aliiſque Exteris, quæ ductu Belliſarii, & Narſetis Victor feliciter abſolvit. De ejus moribus, vita, & genio, multi calamum inſolenter acuerunt.

Inculpant I. fuiſſe ſtupidum, & quovis analphabetico rudiorem, ſed contra omnem tum veritatem (vid. *§.6. Procem.* ibi: *& legimus*) tum præſumptionem, quis enim credat, Juſtinum tam bardum Nepotem, quem in ſucceſſorem deſignaverat, educâſſe? *vid. Brunnq. part.2. cap. 1. §. 10. & ſeqq.* (a) ubi ex aliis probat, variis Imperatorem noſtrum fuiſſe imbutum ſcientiis. II. Avarum ob impoſita tributa. III. Uxorium ob aſſumptam in Imperii Conſortium Theodoram, ùt ipſe fatetur in *Nov. 8. c. 1.* ibi: *participem conſilii ſumentes Reverendiſſimam Conjugem &c. jungatur l.3. C. de quadr. præſ.* IV. Imprudenter cremâſſe Veterum JCtorum ſcripta. V. Fuiſſe lapſum in hæreſim Eutichianam. Verùm quidquid de hoc ſit, maximam tamen de Imperio, quod mirè dilatavit, & de Jurisprudentia, quàm laborioſè in ordinem redigi curavit, laudem promeritus eſt. Siquidem, devictis hoſtibûs, omnem operam ad Jurisprudentiam hinc inde diſperſam, ac vix non laceratam, in ordinem redigendam contulit, ratus Rempublicam non tantùm armis decoratam, ſed & legibus armatam eſſe oportere, uti diſſerit *in Procem. Inſtit.*

Illius prima cura fuit Conſtitutiones Imperatorias, quas in tribus illis Codicibus, Gregoriano, Hermogeniano, & Theodoſiano invenerat, in unum volumen conjicere: Juſſit igitur omnium primò ſcilicet Annô 528. compilari Codicem, quem vocavit Juſtinianeum, Annóque ſequenti 7. *Aprilis* promulgavit. Complectebatur hic Codex non tantùm Conſtitutiones tribus enarratis Codicibus inſertas, ſed etiam illas, quæ à Theodoſio Juniore uſque ad ipſum Cæſarem noſtrum emanaverant, data tamen Compilatoribus addendi, ac detrahendi, pro ſtatus illius exigentia, facultate. Qui plura deſiderat, legere poterit duas *Conſtitutiones de novo Codice faciendo*, *& de novo Codice confirmando*, noſtro Codici Repetitæ Prælectionis præfixas.

II Confecto Codice Juſtinianeo ad Veterum JCtorum volumina ſe convertit Imperator, & ex illis Pandectas, ſeu Digeſta compilari mandavit. Arduum hoc & juxta Cæſaris opinionem vix intra decennium perficiendum opus, trienniô abſolutum fuit. *vid. l.2. §. 23. C. de V.J.E.* Utrùm adeo feliciter, ac promptè, dicant alii. Antequam autem Digeſta promulgaret, in gratiam Tyronum Inſtitutiones, ſeu prima Jurisprudentiæ Rudimenta elaborari, unóque ferè menſe ante Digeſta videlicet *Ann. 533. 11. Calend. Decembr. id eſt 21. Novemb.* promulgari voluit.

17.

(a) Intererat quippe judiciis, de cauſis controverſis cognoverat, ùt patet *ex l. 12. C. qui pot. in pignor. & nov. 88. in Præfat.*

Digitized by Google

17. verò Cal.Jan.id eſt 16. Decembr. fuerunt Digeſta promulgata *l. 1. §. fin. l. 3. §. ult. in fin. C. de V. J. E.* Hinc Inſtitutiones Pandectis priores, & poſteriores ſunt: priores promulgatione, poſteriores compoſitione, eodem tamen die nempe *3. Cal. Jan. ſeu 30. Decemb.* utrique compilationi authoritas legalis fuit conciliata.

Animadvertens poſtmodum in Codice priori reperiri multa, vel inutilia, vel inadæquata, eundem emendari, & *Ann. 534.* Codicem Repetitæ Prælectionis, quo hodie utimur, componi, nec non (priore prorſus abrogato) inſertis 50. Deciſionibus *16. Decemb.* ejuſdem Anni promulgari fecit. Adjecit denique Novellas non uno temporis tractu, ſed prout neceſſitas, ſeu utilitas declarandi, ſupplendi, vel emendandi juris prioris poſtulabat, *ab Ann. 535.* usque ad *Ann. 559.* editas.

Ex his faciliùs reſolvi poterunt ea, quæ diſputari ſolent de Derogatione, & legum Antinomia, ſeu contrarietate, uti dabit

APPENDIX SECUNDA.

De Legum Derogatione, & Antinomia.

AD harum intelligentiam præmittendum, primò non eſſe confundendas antinomias cum derogatione: Antinomia enim eſt pugnantia duarum legum ſimul cum effectu exiſtentium, Derogatio autem legi priori effectum detrahit. Secundò eſt immota regula *ex l. fin. ff. de Conſtit. princ.* quod lex poſterior deroget priori. 12

Tertiò probè & cordato JCto ſummè commendandum, ac inculcandum, quòd derogatio (multò minùs antinomia) non facilè ſit admittenda, niſi fiat expreſſa mentio, ſed potiùs hoc remedio ſananda, quòd non rarò una lex per aliam explicari, aut ſuppleri debeat. Ita multoties explicari debent Inſtituta ex Digeſtis. Ita ſuppletur *§. 25. de R. D. per l. 7. §. 7. ff. de A.R.D. & §. 5. de inut. ſtipul. per l. 1. §. 4. ff. de V.O.* & viciſſim Digeſta ex Inſtitutis: Exemplum eſt *ex l. 34. §. 2. ff. de leg. 1.* quæ explicanda *ex §. 6. Inſt. de leg.* Item *in l. 2. §. 22. ff. de vi bon. rapt.* quæ lucem fœneratur ex *§. fin. Inſt. eod.* His jam ſuppoſitis, quoad derogationem.

Dicimus breviter I. Dubitari vix poſſe, quin Novellæ non tantùm ſibi invicem, ſed etiam aliis Libris prioribus derogent: Priùs relucet ex *nov. 127. c. 1.* quæ derogat *nov. 118. c. 2.* & admittit ad ſucceſſionem fratris filios unacum patruis, qui tamen *in d. Nov. 118. c. 2.* omninò excluduntur. Item *ex nov. 111. cap. unic. & nov. 131. c. 6.* quæ derogant *nov. 9.* ac recantant præſcriptionem 100. annorum in *d. nov. 9.* Eccleſiis

omnibus indultam. Poſterius non minùs evidenter patet vel ex ſola *nov. 18. c. 1.* ubi augetur legitima ad trientem, ſi quatuor aut pauciores adſunt liberi, & ad ſemiſſem, ſi quinque, vel plures, eſto Jure Digeſtorum; & Codicis indiſtinctè fuerit quarta pars *l. 8. §. 6. ff. & l. 8. C. de inoff. teſtam.*

Dicimus II. Et Codicem, præſertim quoad 50. Deciſiones derogare Digeſtis & Inſtitutis. Probatur *ex l. pen. Cod. de Condict. indeb.* quæ in repetitione indebiti electionem dat repetenti, & ita derogat *l. 26. §. pen. ff. d. t.* quæ electionem poſſeſſori, ſeu creditori accommodat. Huc facit *l. 1. Cod. de repud.* quæ negat matrimonium deportatione ſolvi, quod tamen Paulus aſſerit *in l. 56. ff. ſolut. matrim.* Evidentiùs adhuc deducitur argumentum ex materia de in integ. reſtit. quæ jure Digeſtorum intra annum indiſtinctè peti debebat *l. 1. §. 1. ff. ex quib. cauſ. maj.* Jure Codicis econtra durat quadriennio. *l. ult. C. de temp. in int. reſtit.* Sed unde probatur Codicem derogare Inſtitutis? Ex *l. fin. C. de legit. hær.* quæ derogat *§. 1. Inſtit. de ſucceſſ. cognat.* in quo fratres & ſorores emancipati vocantur quidem cum fratribus integris (id eſt non emancipatis) ad ſucceſſionem fratris, non tamen æquis partibus, ſed cum aliqua diminutione, *in d. l. ult.* verò *§. 1.* æqualiter admittuntur in verbis: *æquo jure invicem ſibi ſuccedant, & non ſecundum l. Anaſtaſianam* (quam tamen (a) Imperator in Inſtit. approbaverat) *parte aliqua diminuta*: Emanavit namque hæc conſtitutio integrô ferè annô poſt Inſtituta, nempe *15. Octob. Ann. 534.* Unde quoad hæc omnia procedit regula, quòd lex poſterior deroget priori.

Majus eſt dubium, utrùm Pandectæ Inſtitutis, vel Inſtituta Pandectis derogent? vel neutrum alteri, hoc ipſo, quod ſint, ſaltem quoad vim legalem, quam ſimul acceperunt, coæva? Ad hoc

Dicimus III. Etiam Inſtituta derogare Digeſtis, iiſque prævalere, ſaltem quatenus ſe referunt ad Codicem, ſeu ad unam ex 50. Deciſionibus, vel aliam conſtitutionem Digeſtis poſteriorem: uti enim iſtæ Digeſtis derogant, ita & textus in Inſtituta, qui ad conſtitutionem derogantem ſe refert, derogabit, cùm habeat eandem vim. Neque hìc deerunt exempla. Affertur *§. 16. de obl. quæ ex delict. naſ.* qui utpote deſumptus ex *l. fin. C. de furt.* derogat *l. 14. §. 14. ff. d. t.* Pariter *§. fin. quib. alien. lic. vel non.* qui ſe refert *ad l. 25. C. de adim. & per tut.* derogat *l. 46. §. 5. ff. d. t.* ùt ſuô locô videbimus. Dictum fuit: *quatenus ſe referunt ad Codicem, ſeu ad unam ex 50. Deciſionibus &c.* Prout enim Inſtitutiones ſe referunt ad Digeſta, non facilè dixeris, poſſe iis derogare, cùm videatur

(a) Sed ubi eſt? Erat in Cod. priori: in poſteriori verò haud dubiè omiſſa, quia fuit per *d. l. fin. de legitim. hæred.* emendata.

Digitized by Google

tur abſurdum, extractum derogare, vel prævalere ſuo principali. Interim tamen vide ſis *§. 34. Inſt. de R. D.* ubi videtur Juſtinianus circa picturam, electâ ſententiâ *Gaii in l. 9. §. 2. ff. de A. R. D.* recedere ab opinione *Pauli in l. 23. §. 3. ff. de R. V.* ſi hæc non curas, majorem tibi ſcrupulum cauſabit *§. 14. Inſt. de legat.* ubi in terminis recipitur ſententia *Papiniani*, quam tradit *in l. 5. ff. ad l. Falc.* contra doctrinam *Pauli in l. 82. pr. ff. de leg. 2.* (a)

Circa Antinomiam ſeu contrarietatem, quæ, uti diximus, eſt pug- 13
nantia duarum legum, quarum una alteri non derogat, ſeu prævalet, ſed utraque in ſuo vigore conſiſtit, quod tunc vel maximè contingit, ſi de prioritate, vel poſterioritate temporis, vel de mente derogandi conſtare non poſſit. Reſpondemus cum *Hub. ad Procem. h. n. 11.* nec multas dari, nec nullas. Non dari multas, jubet nos aſſerere, tum artis perfectio, tum Cæſaris authoritas *in l. 1. §. 8.* ibi: *nulla itaque in prædicti Codicis membris antinomia aliquem ſibi vendicet locum,* & *l. 2. §. 15. C. de V. J. E.* quæ ſic habet: *contrarium autem aliquid in hoc Codice poſitum nullum ſibi locum vendicabit.* Laborandum itaque, uti inculcat Imperator *locis citatis*, de conciliatione; ſæpe namque in ipſo textu latet ſolutio: Ita conciliatur *l. 14. cum l. 41. §. 1. ff. de contr. empt. vend.* in verbis: *inauratam, & auro coopertum. Hopp. ad §. 3. h.* Non raro ad modum loquendi JCtorum reſpiciendum, ſic Scævola preſſiùs locutus eſt *in l. 122. §. fin. ff. de V. O.* quàm *Paulus in l. 35. in fin. ff. de* [illegible] *& l. 12. §. 2. ff. de pact. dot.* Dari nonnullas fateri cogit evidentia facti, & humani ingenii fragilitas ab ipſo Imperatore agnita *in dict. l. 2. §. 14. & l. 3. §. 13. C. de V. J. E.* ait enim in priori textu: *Sed primum quidem* (negat dari leges ſimiles) *imbecillitati humanæ, quæ naturaliter ineſt, hoc inſcribat, quia omnium habere memoriam, & penitus in nullo peccare, Divinitatis magis, quàm mortalitatis eſt.* In poſteriori verò iisdem ferè verbis humanam fragilitatem excuſat, dum ait: *Attamen humanæ naturæ imbecillitatem conſiderantibus non extra juſtam apologiam, ne hoc quidem videbitur eſſe: in nullo enim aberrare, ſeu in omnibus irreprehenſibilem, & inemendabilem eſſe, Divinæ utique ſolius, non autem mortalis eſt conſtantiæ, ſeu roboris.* Hinc vix conciliabis contrarietatem *inter l. 26. §. pen. & l. 32. ff. de condict. indeb.* à Cæſare ſublatam *in l. pen. C. d. t.* Item *inter l. 2. §. un. ff. de offic. Proconſ.* ubi coram Proconſule inhibetur manumiſſio, quæ tamen in *l. 17. §. fin. ff. de manum. vind.* conceditur. Præterea *inter l. 5. §. 1. ff. ad L. Falc. & l. 82. pr. ff. de leg.*

(a) Jungatur *§. 3. quib. ex cauſ. manum.* ubi ad manumiſſionem in fraudem creditorum præter eventum defraudationis etiam animus requiritur juxta Ulpianum *in l. 4. §. 19. ff. de fideicom. libertat.* contra Cajum *in l. 10. ff. qui & à quib. manum.*

leg. 2. Nec non *inter l.* 79. *§.fin.ff. de leg.* 3. & *l.* 98. *§.* 8. *ff. de ſolut.* in qua poſteriori refutatur ſententia, quam docet *Celſus in d. l.* 79. *§.fin.*

Et quid mirum, ſi in tanta legum inter ſe pugnantium varietate, ac multitudine contra intentionem, tum Imperatoris, tum compilatorum, quidam textus diſcordantes in tam vaſtum volumen, ex tot diverſarum Sectarum JCtis, tam brevi tempore compilatum irrepſerint? Porrò uti cogimur contra effatum Imperatoris in *d. l.* 1. *§.* 9. *Cod. de V. J. E.* admittere leges omninò ſimiles, quales ſunt *l.* 14. *ff. de off. Aſſ.* & *l.* 19. *in fin. ff. locati.* Item *l.* 15. *C. de Epiſc. aud.* & *l. fin. Cod. de poſtul.* ita & contrarias admittere prudentiùs erit, quàm apertis oculis velle pertinaciter cæcutire, ejúsque, quod manibus prehendimus, exiſtentiam negare.

APPENDIX TERTIA.

De Progreſſu Juris Juſtinianei in Germaniam, ejúsque uſu.

COnſtans Hiſtoricorum aſſertio eſt, Germaniam, uti aliorum Romanorum Imperatorum, ita nec Juſtiniani Imperio, ſaltem quoad majorem partem, ſeu Germaniam Magnam, unquam fuiſſe ſubjectam.

Tantæ molis erat, Germanam vincere Gentem.

Hinc non immeritò rogas, quomodo igitur Jus Juſtineaneum ad Germanos pervenerit, ac ab iis receptum fuerit?

Secuta Anno 565. poſt annos ætatis 83. Imperii verò 38. Juſtiniani morte, ſucceſſit Juſtinus Secundus ex Filia, vel ùt alii volunt, Sorore Nepos: ejus Jus verò, paucis hinc inde, ac ſubinde mutatis, ùt patet ex *Nov.* 140. & 144. (quæ Juſtini non Juſtiniani ſunt) usque ad *Ann. circiter* 1453. in Oriente obſervatum fuit. Succeſſu poſtea temporis, vel ex invidia (ut dubia Juſtiniano gloria redderetur) vel defectu linguæ Latinæ, abſolevit ita, ut potiùs ſecundùm Libros Baſilicorum, quos Baſilius Imperator; ùt videre *in Nov. Leonis* 71. inchoavit, Leo verò Philoſophus perfecit, & in lucem dedit, procederetur. In Occidente alia erat Juris facies. Italia namque antiquis legibus regebatur, vix enim conſultum fuiſſet Regioni debellatæ quidem, ſed nondum pacatæ, novas leges imponere.

Nec te moveat, quòd ſcriptores non raro provocent ad Codicem. Nam intelligunt Codicem Theodoſianum. Non tamen diffitendum, notum fuiſſe Corpus Juris Juſtinianei, ſed potiſſimùm Doctoribus, præſertim quoad ſtatum Eccleſtaſticum, in quo hujus Juris, ob ſuam æquita-

Digitized by Google

tatem, magna erat Authoritas. Latiùs *Mauritius de lib. jur. com. §. 18. & 20. qui §. ſeq.* egregiè refutat ſententiam exiſtimantium, Jus Juſtinianeum fuiſſe à Lothario II. expreſſa conſtitutione introductum & approbatum: ſuſpecta enim nobis videtur filia, de cujus matre in hiſtoria (multò minùs conſtitutionibus Lotharii) non conſtat. *Vid. tamen Stryck. ad Uſ. Mod. Pand. in Proœm. §. 20.*

Fortius argumentum pro reſtituta hujus authoritate ex eo deduci poſſe videtur, quòd Fridericus I. juſſerit, quaſdam ſuas conſtitutiones Codici inſeri, uti videre eſt in famoſa illa *Autb. Habita C. ne filius pro patre.* Verùm quidquid de hoc ſit, verius videtur, primum circa Sæculum XII. adeóque *600. ann.* à morte Juſtiniani, authoritate privata Irnerii (aliàs Guarnerii ſeu Wernerii) JCti Germani, qui Bononiæ primus Jus Civile, occaſione hujus vocis *Aſſ.* in hoc corpore inventæ, nempe Ann. 1128. interpretari cœpit, Jus noſtrum Juſtinianeum invectum, & prodeuntibus ex ſchola Irnerii pluribûs diſcipulis, incrementis auctum, authoritate publica fuiſſe donatum, uti probat *Straucb. diſſ. Irnerius non errans.*

Hâc viâ inceperunt florere Leges Juſtinianeæ in Italia: Nec hic 15 pedem fixerunt, ſed tractu quodam temporis, videlicet *Sæculô XIII.* poſt SS. Canones greſſus ulteriùs moverunt: Fuerunt etenim ad exemplum Italiæ, Galliæ, & Hiſpaniæ, quibus Jus Civile ob ſuam æquitatem ſeſe commendaverat, etiam in Germania, ùt Auguſtæ Trevirorum Trier, Viennæ, Coloniæ, vel ùt vult *laud. Stryck. d. l. §. 22.* omnium primò Erfordii, aliiſque in civitatibus, Academiæ erectæ, ſecutæque poſtmodum in Comitiis Imperii confirmationes publicæ, de quibus videri poſſunt *Ordin. Cam. part. 1. tit. 19. pr. R. J. de Ann. 1564. §.* Beynebens ſollen 99.

Reſtarent quædam de Novellis Leonis Imperatoris, Libriſque Baſilicorum dicenda: verùm quia ferè omni Authoritate carent, remittimus Lectorem *ad præcognita Hoppii c. 4. & 5.* ubi ſuccinctè eorum originem, naturámque exponit.

Nos Jus Juſtinianeum (a) (quantum noſtri fori eſt) eò ſtudioſiùs, & ſolertiùs perſcrutabimur, quò minùs de ejus hodierno uſu, & authoritate dubitare ſinit quotidiana praxis, quâ videmus in omnibus Dicaſteriis, niſi adſint ſtatuta locorum particularia, quæ haud dubiè juri communi derogant, procedi ſecundùm Jus Juſtinianeum; pro cujus valore, & receptione, quidquid aliqui contra ſentiant, ſemper pugnat

E præ-

(a) In cujus laudes & encomia cum aliis quàm pluribus jam ivit Magnus & in utraque Jurisprudentia quà publica, quà privata deprædicatiſſimus Grotius apud Stryck. *loc. hic cit. §. 42.*

præſumptio, donec probetur contrarium. Ita, quoad rem ipſam poſt alios *memorat: Stryck. loc. cit. §. 31. 33. &* 45. ſeu ultimo. *Summa itaque ope, & alacri ſtudio* (utimur verbis Juſtiniani in fine Prooem.) *has leges noſtras accipite, & vosmet ipſos ſic eruditos oſtendite, ut ſpes vos pulcherrima foveat toto legitimo opere perfecto poſſe etiam Rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernari.*

Jam ſit

IN-

Digitized by Google

INSTITUTIONUM

SEU

ELEMENTORUM

D. JUSTINIANI

LIBER PRIMUS.

TITULUS I.

De Juſtitia & Jure.

PARS I.

De Juſtitia tum in genere, tum in ſpecie.

RUbricam imitantes agimus priùs de Juſtitia, quæ ſumitur dupliciter; nimirum pro conformitate actionum cum præſcripto legum, quatenus actio juſta dicitur, quando legibus eſt conformis, vel pro virtute, quæ homines ad rectè, & juſtè agendum movet, atque inclinat, & in hoc ſenſu rurſus eſt vel univerſalis, ſeu in genere talis, vel particularis, ſeu in ſpecie. Illa eſt virtus perfecta & præſtantiſſima, quæ hominem diſponit ad agendum ſecundùm omnium legum præcepta, quo ſenſu complectitur omnes virtutes, quæ hominem perficiunt, ùt ſunt pietas, religio, temperantia, gratitudo &c. juxta illud 1

Juſtitia in ſeſe virtutes continet omnes.

Unde in Sacris Literis non raro homo pius, juſtus dicitur.

Iſta ſeu particularis, eſt virtus, quæ hominem in ſpecie inclinat ad ſuum cuique tribuendum: in qua acceptione definiri poteſt cum Juſtiniano in *pr. Inſt. b.t.* quòd ſit *conſtans, & perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi.* 2

Dicitur I. *Conſtans*, id eſt animo atque affectu *firma*, & *perpetua* ſeu ſemper immutabilis. Non enim conſtans & perpetuum Synonyma

ſunt, uti ab exemplo Timoleontis apud Plutarchum docet *Hub. Lib. 1. Digreſſ. cap. 7. num. 3.* Timoleon manſit *perpetuò* vir bonus, etiam cùm fratrem patriæ tyrannidem molientem interfecit, at non *conſtanter* juſtus, quia facinore devulgato, quòd fratrem occidiſſet, & à multis, ac præſertim à matre, improbato, factus eſt *triſtis omninò* & animô *perturbatus:* ideo deficiebat conſtantia animi firmiter opinantis ſe juſtè egiſſe.

Dicitur II. *Voluntas*, quæ hic juxta nativam ſignificationem conſilium & propoſitum deſignat. Vel ſi hoc diſplicet, dicas per *voluntatem* intelligi habitum, ſeu virtutem in voluntate reſidentem, quæ illam movet ad ſuum cuique tribuendum.

Dicitur III. *Jus ſuum*, quod in recto ſignificat debitum, ut ſenſus evadat, *debitum ſuum.*

Dicitur IV. *Cuique*, ſcilicet creditori, qualiſcunque ille demum ſit, ſive Reſpublica, ſive privatus, ſive ſuperior, ſive inferior.

Dicitur demum V. *Tribuendi*, non *tribuens*, quia virtus non in actuali exercitio, ſed firmo propoſito conſiſtit tribuendi id, quod debetur alteri, ſi fieri poſſit, & ſe offerat occaſio:

Juſtitiæ itaque officium eſt hominem ita diſponere & inclinare, ut ſemper habeat conſtans, & firmum propoſitum jus ſuum alteri tribuendi. Hinc non officit, quòd juſtus ſepties in die cadere dicatur; nam licèt agat injuſtè, injuſtus tamen non eſt, cùm retineat firmum animum, ac propoſitum jus ſuum cuique tribuendi, uti enim Juſtitia tanquam habitus non per unicum, ſed per frequentatos actus acquiritur: ita etiam uno, alteróve actu contrario non amittitur, adeóque talis effectu non affectu erit injuſtus.

3 Ex his colliges in omnibus Juſtitiæ ſpeciebus, uti datur duplex perſona videlicet debitor, qui debet, & creditor, cui debetur, ita neceſſariò ſequi, dari duplex jus *activum*, quod competit creditori, & *paſſivum*, quô debitor ad aliquid in commodum creditoris faciendum, vel omittendum obſtringitur. Unde conſectaneum eſt, non dari juſtitiam propriè dictam inter patrem & filium, inter dominum & ſervum, inter maritum & uxorem, ſaltem quoad exigendas actiones, quæ patri à filio debentur ex titulo nativitatis, domino à ſervo titulô ſervitutis, marito ab uxore titulô gubernationis, ac poteſtatis œconomicæ, ſeu domeſticæ, quia non exiguntur ex titulo rigoroſæ juſtitiæ. Cæterùm non eſt dubium, tam patrem poſſe lædere bona filii circa peculium forte caſtrenſe, vel quaſi, ſeu adventitium, & viciſſim filium ſubſtantiam patris, ſervum (idem de marito & uxore) bona, & famam Domini corrumpere, ſeu diminuere, & ita peccare contra juſtitiam, ut ſuis

Digitized by Google

ſuis locis videbitur. *Vid. Magnif. P. Schmier Tract. Præamb. Juriſpr. Can. Civ. Cap. 2. Sect. 1. §. 3. num. 32. & ſeq.*

4 Juſtitia ita explanata commodè dividitur in *Legalem*, *Diſtributivam*, *Commutativam*, & juxta multos *Vindicativam*. Triplex enim ordo in Republica, ſeu corpore politico conſideratur. I. Partium ad totum, qui fundat juſtitiam *legalem*. II. Totius ad partes, unde oritur *diſtributiva*, ſi conſiderentur merita civium, *vel vindicativa*, ſi demerita, & III. Partis ad partem, unde fluit *commutativa*.

Legalis (quam etiam univerſalem vocant, quatenus univerſaliter imperat aliis virtutibus, ut actiones ſuas conforment in bonum publicum) *eſt virtus inclinans partes communitatis ad dirigendas ſuas actiones in bonum ejusdem communitatis*. *Legalis* ideo dicitur, quia obedientiam intendit erga omnes in bonum publicum. Officium igitur hujus Juſtitiæ eſt inclinare, ac diſponere omnes de Republica, ut ſuis actionibus promoveant, & procurent bonum publicum. Dictum fuit *omnes de Republica*, ut inſinuetur hâc Juſtitiâ non tantùm ſubditos, ſed etiam ipſa ſuprema Capita, & hæc quidem principaliter, atque architectonicè obſtringi, quatenus tam ſuas, quàm ſubditorum actiones per leges communitati congruas in bonum publicum latas dirigere debent.

Dubitatur, utrùm ſit virtus ſpecialis ab aliis ſpeciebus diſtincta, 5
ſunt enim non pauci, qui hanc prætereunt, duas tantùm ſtatuentes ſpecies, *diſtributivam* ſcilicet & *commutativam*.

Nos diſtinctam dicimus, quia eſt difficultas oppidò gravis propriô, ac privatô commodô inſuper habitô, ſeu neglectô, ſuas actiones dirigere & applicare in bonum publicum; videmus quippe non paucos *bonos*, ac *virtuoſos* homines, qui ad utilitatem publicam planè ſunt inepti, adeóque non boni *Cives*. Hinc meritò ait Philoſophus *3. Polit. cap. 3. non eſſe eandem virtutem boni viri, & boni civis:* bonos cives efformat Juſtitia legalis. Profectò, ſi quis, non attentô commodô propriô, præcisè, ut quandoque Reipublicæ utilis fieri poſſit, operam navaret ſtudiis, talis verum actum Juſtitiæ legalis exerceret, nec tamen ſine multa difficultate, cùm non tam facilè ſit bonum communitatis anteferre ſuæ propriæ utilitati. Nova autem difficultas, ùt fert Philoſophorum gnoma, per novam virtutem, ſeu habitum ſuperanda eſt. Hanc ſententiam poſt alios defendit *Reverendiſſ. ac Magnif. P. Cæleſtin. Mayr, Conſiliar. Intimus, hujus Univerſitatis Rector emeritus, olim Theologiæ Scholaſticæ Profeſſor ordinarius, in abſolutiſſimo Tractatu de Jure & Juſtitia. q. 3. art. 1. §. 2. n. 12.* Neque obſtant I. huic ſententiæ verba *Ariſtot. 5. Ethic. cap. 1. Juſtitia legalis eſt eadem omni virtuti, neque eſt pars virtutis, ſed tota virtus;* totum autem à ſuis partibus non diſtinguitur: quia hic non

conſideratur Juſtitia legalis pro complexu omnium virtutum, ſeu jus totum aliquod potentiale, quatenus de omnibus virtutibus prædicari poteſt, ùt intellexit Philoſophus; ſed in ſpecie pro illa virtute, quæ pro ſuo objecto formali unicè reſpicit bonum publicum, aliiſque virtutibus ſimul imperat, ut pariter ſuos actus in bonum ordinent communitatis.

Neque obſtat II. quòd hæc ſpecies videatur ſuperfluere, ſi enim omnes Cives juxta dictamen aliarum virtutum operaturi ſint, jam conſurget bonum communitatis, nam, dum omnibus civibus, tanquam membris, benè eſt (eſt autem bene per alias virtutes) jam etiam toti communitati ſeu corpori politico bene erit, ùt patebit ab inſtantia de corpore phyſico. Nam reſpondetur, ex bono partium conſurgere quidem bonum totius, ſed tantùm ſecundariò & per accidens, quod non ſufficit, ſiquidem bonum publicum tantæ utique perfectionis, atque præſtantiæ eſt, ut mereatur ſpecialem habitum, ſeu virtutem, quâ mediante per ſe conſurgat, conſervetur, ac promoveatur. Paritas de corpore phyſico nobis favet, cùm in arte medica non tantùm dentur pharmaca particularia pro ſingulis membris, ſed etiam generalia pro toto corpore.

6 Dubitatur ulteriùs, utrùm ſit propriè & ſtrictè dicta Juſtitia. Reſpondetur cum Magnif. P. Schmier *loc. ſupra cit. num. 48.* Negativè. Ratio fundamentalis eſt, quia deficit jus ſtrictum, ac rigoroſum: hoc ipſo enim quòd detur inter totum quà tale, & partes quà tales, jus activum, quod habet Reſpublica in bona civium, non eſt perfectè diſtinctum à jure paſſivo, quô obſtringuntur partes. Seu clariùs, ut Juſtitia poſſit dici rigoroſè & ſtrictè talis, debet intercedere perfecta diſtinctio inter creditorem, ita ut unus de alterius jure, de quo hic & nunc agitur, non participet, aliàs non poteſt dici unus alteri rigoroſè obſtrictus, ſed talis diſtinctio in Juſtitia legali non obtinet: ſiquidem de illo ipſo jure activo, quod habet Reſpublica contra cives, ipſi cives, utpote partes Reipublicæ, ſimul cum illa participant, adeóque idem civis quà talis, ſeu quà pars, eſt ſimul debitor, quia pars eſt, & ſimul creditor, quia pars eſt Reipublicæ (a) creditricis, conſequenter de illo ipſo jure activo participat, ùt concreditor, cujus reſpectu eſt debitor. Unde apparet jus activum & paſſivum inter ſe non perfectè diſtingui.

Di-

(a) Ajunt, debere conſiderari ùt perſonam moraliter diſtinctam quatenus habet jus particulare in ſua bona. At quomodocunque conſideretur, debet conſiderari ùt pars, quia Juſtitia legalis non datur niſi cum reſpectu partium quà talium, ad totum quà tale. Quòd autem, ùt regerunt, poſſit pars cogi ad debita communitati præſtanda, ſpeciem, quæ ab objecto deſumenda, non immutat; deinde coactio etiam locum obtinet quoad actus obedientiæ.

Digitized by Google

Dices, adeſſe requiſita ad Juſtitiam ſtrictè talem: Adeſt imprimis debitum legale in membris politicis, ſeu civibus ad promovendum bonum Reipublicæ, ad ſolvenda debita, onera, aliáque peragenda, & ex parte Reipublicæ jus exigendi: Adeſt inſuper alteritas, ſeu diſtinctio perſonarum, ſaltem inadæquata, quæ datur inter totum & partes: & demum adeſt æquitas tum exigendi, tum præſtandi id, quod ad conſervationem boni publici neceſſarium eſt. Reſpondetur his tantùm probari, quòd Juſtitia legalis ſit quædam ſpecies Juſtitiæ, ſed minùs ſtrictè talis, ob defectum perfectæ diſtinctionis inter Jus activum & paſſivum.

Inſtabis. Eſto in Societate non detur perfecta diſtinctio inter jus activum, & paſſivum ſociorum, quatenus quilibet de jure tam activo quàm paſſivo alterius, hoc ipſo, quòd omnia ſint communia, participet; nemo tamen dicet, inter ſocios non intercedere ſtrictè, ac rigorosè dictam Juſtitiam, conſequenter noſtra ratio nihil probat. Reſpondetur imprimis diſparitatem eſſe, quia in ſocietate præceſſit pactum de ſe ſufficiens ad producendam obligationem Iuſtitiæ rigorosè talis, tanquam inter æqualem & æqualem, atque aliàs perfectè diſtinctos, quod non verificatur de civibus & Republica. Deinde Socii regulariter & ex natura contractûs agunt invicem primùm finita Societate, ubi ceſſat illa participatio jurium reciproca. (a) Accedit, quòd inter Socios non ſit tanta connexio, ac per ſe talis, ſicut inter communitatem & cives tanquam inter totum & membra. Ex his infertur, Juſtitiam legalem, ſi lædatur, non obligare ad reſtitutionem, hôc ipsô, quòd non reſpiciat debitum rigoroſum. Adeóque, ſi quis ſe ſubducat à ſolvendis tributis, etſi peccet contra Juſtitiam legalem, ad reſtitutionem tamen non tenetur, niſi fortè lædatur per hoc jus con-civis, qui fortè, quia me ſubduxi, ut ſumma petita conficeretur, debuit plus ſolvere; nam in ejusmodi caſibus concurrit Juſtitia commutativa prohibens, ne jus alterius con-civis lædatur.

Quæres, quomodo differat ab obedientia, cùm Juſtitia legalis ſit quaſi obedientia erga omnes leges? Reſpondetur in eo differre, quòd obedientia per ſe non procuret bonum commune, neque obligationem fundatam in nexu politico, qui intercedit inter communitatem, & ejus membra, reſpiciat, ſed tantùm præ oculis habeat voluntatem Superioris.

Juſtitia *diſtributiva* à diſtribuendo dicta, *eſt virtus inclinans communitatem, illiúsve Superiorem ad diſtribuenda officia, dignitates, aliáque bona communia ſecundùm merita perſonarum.* Unde patet, illius officium in eo conſiſtere, ut moveat Principem, ſeu Superiorem de communitate, 7

ut

(b) Siquidem actione pro ſocio tollitur ſeu diſtrahitur ſocietas *l. 65. pr. ff. l. 5. C. pro ſoc.* & hàc ſublatâ obtinet effectivè & pro tunc jus rigoroſum.

ut magis digno conferat officium majus & minùs digno minus. Hæc tamen obligatio rurſus non eſt rigorosè talis, quia pars communitatis, ſeu civis, eſto dignus ſit, jus tamen rigoroſum ad officium fortè vacans prætendere haud poteſt: inprimis ideo, quia dari poſſunt & alii, qui æquè digni ſunt, habéntque idem jus de condigno ad petendum illud officium. Deinde deficit etiam, uti in legali, perfecta diſtinctio inter debitorem, qui hìc eſt Reſpublica, vel Superior, & creditorem, qui eſt civis: Idémque civis eſt creditor, quia dignus eſt, & ſimul debitor, quia pars eſt communitatis, quæ dicitur debitrix. Si itaque ſuperior contra hanc ſpeciem peccet præferendo minùs dignum digniori, ſeu illi, qui magìs aptus eſſet, non tenetur ad reſtitutionem, niſi fortè indignum prætuliſſet, qui ob imperitiam damnum Reipublicæ intulit, hic enim peccaret Princeps contra Juſtitiam commutativam, quâ vi pacti taciti cum Republica initi obſtringitur ad conſervandum bonum publicum.

8 Juſtitia commutativa (ex eo, quòd obtineat locum inter commutationes hominum ita dicta) *eſt virtus inclinans privatum, vel quaſi ad ſolvenda debita privato vel quaſi.* Per quaſi privatum intelligimus ipſum Principem, vel communitatem, ſi tanquam quaſi perſonæ privatæ cum ſubditis contrahant: v. g. Princeps à cive quodam domum emeret pro pauperibus. Et hæc eſt vera & ſtrictè dicta juſtitia obligans lædentem ad reſtitutionem, cùm detur inter perſonas adæquatè diſtinctas; ita, ut una de jure alterius (quod ideo dicitur rigoroſum) nihil participet: Fac me tibi debere 100. ex mutuo: ego nihil participo de tuo jure activo, quod habes petendi, quia ſolus es creditor, & tu nihil participas de meo jure paſſivo, quô ad ſolvendum obſtringor, quia ſolus ſum debitor, neque creditor ùt pars includitur in debitore tanquam in toto, veluti contingit in duabus prioribus ſpeciebus.

9 Advertis jam differentiam inter Juſtitiam diſtributivam & commutativam. In illa diximus haberi reſpectum perſonarum; ita, ut magis dignus præferatur minùs digno, qui reſpectus, ùt ajunt, fundat proportionem Geometricam, ſeu proportionem proportionis, dictátque, ut ſi adeſſent duo officia, unum ùt 4. alterum ùt 2. & duo adeſſent cives, unus dignus ùt 4. alter ùt 8. officium ùt 4. detur digno ùt 8. & officium ùt 2. digno ùt 4. quia ſicut ſe habent 2. ad 4. ita 4. ad 8. Sed quidquid de hoc ſit, juſtitia diſtributiva contenta eſt, ſi magis dignus præferatur minùs digno, neque intendit commenſurare debitum credito, hôc ipsô quòd jus crediti non ſit rigoroſum, ſed tantùm de condigno: In commutativa verò nullus habetur reſpectus ad merita, ſeu dignitatem perſonarum, ſed præcisè *rei ad rem*, ſeu *quantitatis ad quan-*

Digitized by Google

adæquatum credito; hôc ipsô, quòd creditor habeat jus rigoroſum ad petendum ab altero, quod ſibi debetur: hinc, ſi centum debeam, non aliter ſatisfacio, & expleo juſtitiam commutativam, quàm ſi centum ſolvam, qualiscunque denium ſit creditor. Nota igitur differentialis inter Juſtitiam commutativam & diſtributivam eſt, quòd commutativa reſpiciat Jus rigoroſum connotans in obliquo proportionem arithmeticam, & diſtributiva habeat pro objecto jus minùs rigoroſum importans in obliquo proportionem Geometricam.

Neque dicas etiam in commutativa quandoque obſervari proportionem Geometricam, ùt contingit in ſocietate, ubi dividitur lucrum non æqualiter, ſed ſecundùm proportionem rei collatæ. Item in debitore, qui non eſt ſolvendo, ubi fieri debet remiſſio ſecundùm proportionem crediti, ut quilibet proportionaliter tantum amittat, quantum alter. Pone Titium debere 12. millia: Primo 6000. Secundo 4000. Tertio 2000. nec plus habere, quàm 6000. Primo ſolvet 3000. Secundo 2000. Tertio 1000. quia ſicut ſe habent tria ad ſex, ita duo ad quatuor, & unum ad duo: Verùm falleris egregiè, ſi hic putas obſervari (ex fine ſaltem juſtitiæ commutativæ) proportionem Geometricam, ſiquidem nondum ſatis factum eſt huic virtuti, niſi totum ſolvatur, ſed manet adhuc debitor, quia nondum explevit debitum credito, adeóque in iſto caſu proportio Geometrica tantùm ſe habet merè per accidens, & prætter intentionem, ſeu naturam juſtitiæ commutativæ. Exemplum ſocietatis firmat noſtram ſententiam, quia lucrum adæquatè debet correſpondere rei collatæ, aliàs ſocietas eſt iniqua, ſeu, ùt vocatur, leonina.

Juſtitia vindicativa, quaſi vindictam à delinquentibus exigens, *eſt* 10 *virtus inclinans communitatem, ſeu illum, qui præeſt, ad pœnam condignam delictis imponendam.* Hujus ergo officium, & munus eſt, delictis debitam pœnam imponere, ut malefici abſterreantur, & delinquentes pœnâ delicto proportionatâ coërcere. (a) Diximus *pœnâ porportionatâ*, unde

Interroges, utrùm in dictandis pœnis obſervetur proportio Geometrica, vel Arithmetica. Utramque obſervandam exiſtimamus, ita,

F ut

(a) Neque exiſtimes, non eſſe ſpeciem juſtitiæ, cùm non reſpiciat jus alterius; delinquens enim non jus ad pœnam, ſed averſionem habet. Negatur quippe ſuppoſitum, delinquentem (niſi, ne gravius puniatur) eſſe creditorem; dum pœnæ debitor eſt; hinc malè, ut ſtatim videbimus, reducitur ad diſtributivam, ubi pars eſt creditrix. Et quamvis in vindicativa videatur ſuperior eſſe debitor, quatenus delinquentes debet punire, hoc tantùm verum eſt in ordine ad ipſam communitatem.

Digitized by Google

ut prævié, & in ordine ad commenſurandam gravitatem, ſeu magnitudinem quantitate delicti vel maxime debeat attendi ad qualitates perſonæ delinquentis, utì patet ex *l. 9. §. 11. L. 10. princ. l. 14. & 16. §. 3. ff de pœn.* In actuali applicatione pœnæ ſeu in puniendo delicto jam commenſurato, obſervari oportet proportionem Arithmeticam, quia pœna debet eſſe adæquatè proportionata delicto *L. 11. & 41. ff. eod. L. 31. ff. de L. Cor. de falſ.* ſiquidem delinquens habet punientem Jure rigoroſo & ex juſtitia commutativa obſtrictum, ne graviùs puniat, quàm promeritus eſt: idcirco in infligendis pœnis concurrere videntur, tum juſtitia *legalis*, tum *commutativa*: hæc dictat, ne delinquens graviùs puniatur, ac promeritus eſt: illa, ut debitè puniatur. Si enim ſuperior non puniat, vel leviùs puniat, negligit Juſtitiam legalem, quæ exigit, ut delinquentes pro conſervatione boni publici congruâ pœnâ afficiantur. Limitatur, ſi Princeps, cui competit jus aggratiandi, & pœna non ſit Jure Divino ſtatuta, ob merita priora delinquentis, pœnam mitigare velit *Mollemb. in Theſ. Jur. h. t. num. 16.* Unde noſtrô judiciô non malè ſentiunt illi, qui docent vindicationem, ſeu impoſitionem pœnarum in bonum publicum exercitam, eſſe actum juſtitiæ commutativæ à legali imperatæ, quia tam Princeps, quàm Judex tacitum contractum cum Republica ineunt de avertendo malo eidem imminenti, conſequenter tenentur ad delicta debitè coërcenda: Titulus autem conventionis fundat juſtitiam commutativam, quæ vult, ut damnum Reipublicæ illatum reparetur, & ſimul, ne graviùs delinquens puniatur. Cùm autem etiam adſit titulus moralis connexionis cum communitate, nec etiam ſemper ex delicto damnum immediatè Reipublicæ, vel ejus membris inferatur, concurrit pariter juſtitia *legalis*, quæ, velut ſuperior, commutativæ tanquam inferiori imperat, ut congruè puniat.

11 Quæres, quis ergo ſit debitor & creditor in hac ſpecie? Reſpondetur, Rempublicam eſſe creditorem, quæ habet tum ipſum ſuperiorem obſtrictum ad delinquentes puniendos, tum ipſos delinquentes ad pœnam à ſuperiore injunctam luendam devinctos; idcirco malè agunt, qui juſtitiam vindicativam ad diſtributivam reducunt: ſiquidem in diſtributiva partes creditores ſunt, & Reſpublica debitor, hic autem pars, ſeu delinquens reſpectu pœnæ, quam promeritus eſt, non creditor, ſed debitor exiſtit, ùt per ſe patet, adeóque non jus, ſed potius averſionem ad illam habet.

PARS

Digitized by Google

PARS II.

De Jure.

JUs variè ſumitur, ùt videbimus in decurſu. Hic autem accipitur pro Jurisprudentia, quæ definitur *in §. 1. h.t. & L. 10. §. 2. ff. eod.* quòd ſit *Divinarum, atque humanarum rerum notitia, juſti atque injuſti ſcientia;* vel eſt *habitus practicus introducens per rectam legum interpretationem in actiones humanas juſtitiam, ſeu faciens actiones humanas juſtas.* Dicitur habitus practicus, & quidem prudentiæ, utpote cum recta ratione activus. Dicitur *per rectam legum interpretationem*, ut indicetur, quòd, cùm actus juſtus dicatur, quando legibus eſt conformis, debeat prævìè legis ſenſum interpretari, anteà enim vix actum legibus conformem efformare poterit. Dicitur *introducens in actiones humanas juſtitiam*, qui eſt præcipuus finis Jurisprudentiæ. 12

Disquiri hìc ſolet, utrùm ſit ſcientia, quod affirmamus; habet enim imprimis objectum, ſaltem quoad eſſentiam neceſſarium: Equidem legis eſſentia immutabilis & neceſſaria eſt, ut ſit ordinatio rationis in bonum communitatis: Immutabile, ac neceſſarium eſt, ut actio juſta legibus ſit conformis: ſicut immutabile, & neceſſarium eſt, ut homo ſit animal rationale: immutabile & neceſſarium eſt, ut pactum ſit duorum vel plurium in idem placitum conſenſus &c. Accedit, quòd ex his formet (& quidem ex ſine ſuo, ut ſciat ſe ſcire) demonſtrationem evidentem, v. g. *Actus juxta præſcripta legum poſitus eſt validus, ſed teſtamentum coram ſeptem teſtibus ſubſcriptis, ac ſubſignatis conditum, eſt actus juxta leges poſitus: ergo eſt validus.* His notatis non deerit Philoſopho reſponſio ad contraria, quæ videri poſſunt *apud Prænob. Clariſſ. ac Conſultiſſ. D. D. Franz, meum quondam Profeſſorem Colendiſſimum p. m. Jurisprud. Elem. ad h. t. §. 2. num. 7.* 13

Cùm Jurisprudentia ſit legum notitia, tot ferè dantur ſpecies, quot ſpecies legum. Hinc

Alia eſt *Naturalis*, alia *Poſitiva. Naturalis* eſt notitia, ſeu cognitio legum naturalium ab Authore naturæ DEO indita, ſeu cum uſu rationis infuſa: *Poſitiva* eſt notitia legum poſitivarum, quæ à Legiſlatore Divino, vel humano liberè latæ, ac promulgatæ ſunt. Hæc non eſt nobis infuſa, ſed per labores, ſeu ſtudium comparanda, & 14

Subdividitur in *Divinam*, & *humanam. Illa* eſt notitia legum à DEO tanquam Authore ſupernaturali, tam in veteri, quàm novo Teſtamento latarum: *Iſta* eſt cognitio legum humanarum, & hæc rurſus

Alia *Canonica*, quæ verſatur circa leges Pontificias, ſeu ſacros Canones. Alia *Civilis*, quæ leges civiles, ſeu ſæculares explanat: éſtque pariter

Alia *Publica*, alia *Privata*. *Prior* tractat leges, quæ immediatè ſpectant ad Statum publicum totius Imperii: *Poſterior*, quæ noſcit leges in ſingulorum utilitatem, & commodum rogatas.

15 Cauſa efficiens Jurisprudentiæ ſunt frequentati actus, per quos nimirum producitur habitus Jurisprudentiæ ſcientificus.

Subjectum mediatum eſt Jurisperitus, ſeu ſtudioſus, immediatum intellectus, in quo habitus iſte immediatè reſidet.

Objectum aliud *materiale*, aliud *formale*. *Materiale* rurſus aliud *remotum*, aliud *proximum*. Remotum ſunt res Divinæ, & humanæ, circa has enim verſatur objectum materiale proximum, ſcilicet actiones humanæ, in quas introducitur objectum formale, quod eſt juſtitia, ſeu conformitas actionum cum præſcripto legum, hæc enim per ſe, & immediatè à Jurisprudentia intenditur, ita, ut ex actione humana, & juſtitia, ſeu conformitate hac, conſurgat actio humana juſta, ſicut ex muro, & albedine murus albus. Inde fluit etiam

Forma, quæ conſiſtit in differentia, quâ differt ab aliis habitibus ſibi affinibus. Differt autem *à Theologia morali* in eo, quòd hæc conſideret actiones hominum, quatenus conducunt ad felicitatem æternam, & ſupernaturalem, adeóque præcisè in ordine ad DEUM: Jurisprudentia econtra illas conſiderat etiam quidem in ordine ad DEUM, ſi ſit Canonica, ſed tamen cum reſpectu ad rectam totius corporis myſtici ad ſuum caput ordinati extrinſecam ſymetriam; ſi ſit civilis, tantùm quoad bonum externum, & naturale. *Ab Ethica*, quia iſta conſiderat actus ſub ratione honeſti, & ad felicitatem privatam: Jurisprudentia verò ſub ratione juſti, & ad felicitatem publicam. *A politica*, quæ reſpicit pro fine tantùm utilitatem, adeóque illud præ oculis habet, quod modò Reipublicæ utile accidit, abſtrahendo, num intra limites juſtitiæ ſubſiſteret. Quòd de Politico in ſe intellectum volumus: Bonus enim, & Chriſtianus Politicus à regulis juſtitiæ haud deviabit.

16 Finis coincidit, uti in aliis habitibus practicis, cum objecto, ubi tamen notes velim, Jurisprudentiam non ſolùm in id eſſe intentam, ut actiones hominum regulis Juſtitiæ, quâ ſuum cuique tribuitur, correſpondeant, ſed etiam eò, ſaltem concomitanter, collimare, ut etiam aliis virtutibus, per quas homines magis diſponuntur ad ſuum cuique tribuendum, & quæ etiam conducunt ad tranquillitatem boni publici, conformes fiant. Commendantur enim FORTITUDO *in tot. tit. de re milit.* VERACITATIS fit mentio *in l. 6. §. 1. ff. de off. præſid. l. 2. ff. de teſtib.*

ſtib. Inculcatur PUDICITIA *in l. 5. ff. ubi pub. educ. deb.* & *l. 5. C. ad S. C. orphit.* GRATITUDO *in l. 10. C. de nat. lib.* BONA FIDES *in l. 4. C. de O. & A.* REVERENTIA erga parentes *in l. 3. & 4. C. de patr. pot.* Conſulatur *Clariſſ. D. D. Gletle Juriſpru. Fund. lib. 1. tit. 1. n. 2. §. 2. n. 2.*

APPENDIX.

De Legum Interpretatione.

OBjectum & finis, de quo hactenus, eſt Juriſprudentiæ, ùt eſt habitus utens, ſeu Judicis applicantis conſideratæ, ſi enim ùt docens, & ùt habitus docentis JCti accipiatur, illius objectum & finis erit recta legum interpretatio, quæ definiri poteſt, *quòd ſit genuina legis explicatio, ſeu declaratio, juxta illam ſignificationem, quàm intendit & propoſuit Legislator.* 17

Alia eſt *Authentica*, quæ ſcilicet habet authoritatem deciſivam. Alia *Doctrinalis*, quæ fit à Doctoribus, nec habet vim deciſivam, niſi omnes conveniant.

Prior rurſus alia eſt *Legalis*, quando nimirum ipſe Legislator legem interpretatur: de qua *vid. l. fin. C. de ll.* & *c. 31. de ſententia excom.*

Alia *Uſualis*, quæ contingit, quando lex per uſum, ſeu obſervantiam declaratur, & in hoc ſenſu dicitur conſuetudo optima legum interpres. *C. 8. de conſuet.* & *38. ff. de ll.*

Doctrinalis etiam alia eſt *ſimplex*, quando nimirum explicantur verba, ùt jacent, quæ dici poſſet *Grammaticalis*, cùm fiat per verba ſynonima. Alia *Juridica*, *Modificata*, ſeu *Qualificata*, quando ſcilicet non tam verba, quàm mens, ſeu ràtio legis exponitur, quod fit, vel aliquid demendô, & dicitur interpretatio *Reſtrictiva*, vel aliquid addendô, & vocatur *Extenſiva*, vel ſumendo verba in ſenſu ſuo generali ita, ut comprehendant ea, quæ in nativa proprietate verborum continentur, eſto expreſsè non ſint poſita, & nuncupatur *comprehenſiva.* Damus exempla.

Exemplum *Interpretationis comprehenſivæ* habetur *in cap. 27. de decimis*, ubi nomine decimarum etiam comprehenduntur novalia. Item *in §. ult. Inſt. qui teſt. tut.* ubi tutor datus *filiis*, & *filiabus*, jure comprehenſionis etiam datus cenſetur *poſthumis*, non tantùm natis. Item datus *liberis*, eſt etiam datus *nepotibus.* Hæc interpretatio locum habet primò, ſi verba ſint generalia, quia, ſi lex non diſtinguit, nec nos debemus diſtinguere. *l. 8. ff. de publ. in rem act.* 18

Dubitatur, an locutio indefinita æquivaleat generali? Reſpondetur affirmativè, & habetur in *c. 22. de Privil.* Ratio eſt, quia, cùm diſpenſans non exceperit, cùm potuiſſet excipere, videtur omnia compre-

Digitized by Google

hendiſſe. Procedit tamen hæc reſponſio, ſi ſit eadem ratio, unde ſub legato marmoris non venit marmor elaboratum, ſed tantùm rudis materia. *l. 78. §. 4. ff. de legat. 3.* quia diverſa eſt utriusque ratio.

Nec obſtat, quòd ſub argento indefinitè etiam comprehendatur argentum elaboratum. Nam diſparitas eſt, quòd argentum elaboratum poſſit reduci ad priorem ſtatum. *Vid. P. Reiffenſt. de Conſtit. §. 16. n. 401. & ſeq.* Eôdem modò proportionaliter reſpondetur ad inſtantiam, quòd ſub lana non comprehendatur lana tincta. *l. 70. pr. & §. 1. ff. eod.*

Interpretatio comprehenſiva locum habet ſecundò, quando eſt eadem ratio. *arg. l. 32. ff. ad L. Aquil.* Eadem autem ferè ſemper eſt ratio in correlativis, v.g. inter patrem & filium, inter maritum & uxorem. Colligitur aſſertio ex *l. 12. & 27. ff. de ll.* non enim omnes caſus particulares poſſunt in lege comprehendi.

19 Exemplum *Interpretationis extenſivæ* ſubminiſtrat *c. 4. §. nos igitur de confirm. util.* ubi conſtitutio, quòd liceat ante litem conteſtatam teſtes recipere ob periculum, ne propter ſenium moriantur, extenditur etiam ad inſtrumenta, vel alia privilegia ob ſimilitudinem, ne vetuſtate conſumantur. Hîc procedit regula *c. 16. de V. S. favores ſunt ampliandi.* Item *c. 6. de donat.* ibi: *in contractibus plena, in teſtamentis plenior, in beneficiis pleniſſimè eſt interpretatio facienda.* Similiter appellatione *filiorum* in materia favorabili etiam veniunt *nepotes l. 201. & 220. ff. de V. S.*

Exemplum demum interpretationis reſtrictivæ ſuppeditat *c. 16. de Sent. excom. in 6.* ubi, interdictô populô, non cenſetur Clerus interdictus, etſi aliàs in favorabilibus nomine populi etiam comprehendatur Clerus. Hæc interpretatio locum obtinet primò in materia odioſa ex vulgata regula: odia ſunt reſtringenda. *c. 15. de R. J. in 6.* unde infertur, nomine Clericorum in interdicto non venire Epiſcopos. *c. 4. de ſent. excomm. in 6.* neque alios in dignitate conſtitutos. *c. 15. de reſcript. & c. 22. de elect. in 6.* Secundò, habet locum in materia à jure exorbitanti. *c. 28. de R. J. in 6.* & clarè in *c. 1. §. ille verò. de filiis Presbyt. in 6.* Tertiò locum habet in pœnalibus. Ita *l. 42. ff. de pœn. interpretatione legum pœnæ molliendæ ſunt potiùs, quàm exaſperandæ.* Si dubitetur, an materia ſit favorabilis, vel odioſa, inſpicienda erit primaria intentio Legiſlatoris pro ſubjecta nimirum materia, quæ illum movit. Sic *l. 5. Cod. ad Leg. Jul. Maj.* eſt odioſa. Econtra *l. 20. cum ſeqq. ff. ad L. Jul. de Adult.* erit favorabilis; prima ſiquidem reſpicit odium perduellis, aliæ verò intendunt favere, ſeu indulgere juſto dolori, quem temperare difficillimum videtur *JCto Papiniano in l. 38. §. 8. ff. eod.*

Circa regulas in interpretatione obſervandas, *vid. Someting. Introd. in univerſ. Jus tit. de Juſt. & Jur. §. 10. num. 31.* Qui plura de intricata hac,

hac ... & difficili [illegible] materia deſiderat; adeat *Magnif. D. P. Jurisprudentiæ Canon. Civil. tract. præamb. cap. 3. per totum.* Item *P. Reiffenſt. lib. 1. decret. t. 2. §. 15. & 2. ſeqq.* Non ſatis de Jurisprudentia, ejúsque qualitatibus : ubi vidimus, actionem juſtam dici, ſi legibus ſit conformis. Hinc meritò ſequitur

TITULUS II.

De Jure Naturali Gentium & Civili.

SUmitur hìc Jus pro lege, ut ſit idem, ac de lege Naturali, Gentium, & Civili. Lex verò in genere commodè definiri poteſt, quòd ſit regula directiva actuum humanorum : ſeu accuratiùs, *quòd ſit ordinatio rationis in bonum communitatis authoritate illius, qui poteſtatem habet, lata & promulgata.*

Dicitur *ordinatio rationis* ad indicandum, legem debere eſſe rationabilem, bonóque publico accommodatam. Dicitur in *bonum communitatis*, eſt quippe commune præceptum, non ſingulas perſonas, ſed totam communitatem reſpiciens. *l. 1. & 8. ff. de ll.* Dicitur *authoritate illius &c.* Legis enim effectus, ex dicendis, eſt obligatio ſubditorum, quæ ab alio, quàm habente poteſtatem publicam procedere non poteſt. Dicitur *lata & promulgata*, nam non ſufficit, ſi lata, ſeu ſtatuta ſit, ſi nondum ſit promulgata, cùm debeat ab omnibus intelligi, *l. 9. Cod. d. t.* ſitque moralis allocutio ad populum. Adeóque promulgatio aliqua vel eſt de eſſentia legis, vel ſaltem (quod nobis idem eſt) conditio, ùt vocant, ſine qua non. Neque dicas : *in c. 1. de poſtul. Prælat.* non plus requiritur, quàm *ut lex ſit ſolenniter edita NB. aut publicè promulgata.* conſequenter non requiritur determinatè promulgatio. Nam reſpondetur, particulam *aut* ſumi debere copulativè *arg. l. 53. ff. de V. S.* aut per *ly ſolenniter edita*, intelligi publicam affixionem, quæ æquivalet promulgationi. Dividitur in *Naturalem* & *Poſitivam.* Naturalis (quæ etiam vocatur jus neceſſarium) eſt illa, quæ reſpicit bonum naturæ rationalis. Poſitiva (quæ nuncupatur jus arbitrarium) eſt illa, quæ procedit à libera voluntate Legislatoris. De hac in Parte ſecunda.

Rubricam explicabit

PARS

PARS I.

Satiſfit Rubricæ.

§. I.

De Jure Naturali.

1 JUs naturæ ex eo ſic dictum volunt, quòd ſit lex hominibus à natura, quaſi cognata & congenita, *quam*, ùt diſſerit *Cicero pro Mil. non didicimus, aut legimus, ſed ex ipſa natura hauſimus, accepimus, expreſſimus: ad quam non docti, ſed facti, non inſtituti, ſed imbuti ſumus.*

Sumitur variè I. pro inſtinctu naturali, quo ſpectat maris & fœminæ conjunctio, liberorum procreatio, educatio, ſui defenſio, quæ potiùs dicuntur *prima naturalia*, quàm *Juris naturalis*, & in hoc ſenſu intellexit jus naturæ Imperator *in princ. Inſtit. h. t.* nec non JCtus Ulpianus *in l. 1. §. 3. ff. de J. & J.* II. pro ſtatu, quem res habet à natura, ita quælibet res à natura dicitur libera. III. pro æquitate quadam naturali, quâ aliquid ſuadetur, ſed tamen non abſolutè præcipitur: huc ſpectat illud: *quod mihi non nocet, & alteri prodeſſe poteſt, faciendum eſt*, (a) aliáque opera charitatis. IV. pro libertate naturali, unde naſcitur jus permiſſivum. V. pro vera lege, quâ abſolutè aliquid præcipitur, vel prohibetur.

2 Et ſub hac acceptione, omiſſis aliorum deſcriptionibus, quas more ſolito ſolidè refutat *Magnif. P. Schmier lib. 1. tr. 1. c. 2. ſect. 1. §. 4. per totum.* Definimus cum *Laud. Magnif. d. l. §. 5. num. 48.* Quòd ſit *ordinatio Divinæ Sapientiæ per dictamen ſynthereſis naturæ rationali manifeſtata præcipiens ea, quæ rectæ rationi ſunt conſentanea, & prohibens contraria.* Dicitur *ordinatio*, quod obtinet locum generis: additur *Divinæ Sapientiæ.* Ab hac enim tanquam à naturæ rationalis Authore provenit lex naturalis. Huc ſpectat in ſenſu Chriſtiano illud Stoicorum effatum: *non poteſt inveniri aliud juſtitiæ principium, alia origo, quàm à Jove, & communi natura petitum: inde enim neceſſe eſt, omnia iſta nos exordiri, ſi volumus aliquid de bonis & malis dicere.* Dicitur per *dictamen ſynthereſis*, per quod intelligitur judicium practicum, dictans prima principia moralia v. g. *bonum eſt faciendum, malum fugiendum*: ratio in ſpecie dictat, *atqui DEUM colere bonum eſt*, quibus ſubinfert conſcientia: *ergo DEUS eſt colendus.* Dicitur *naturæ rationali.* Jus naturæ enim reſpicit ſolam creaturam rationalem ſecundùm ſe, & quà talis eſt, abſtrahendo ab omni cir-

(a) Hinc elucet jus rigoroſum, & æquitas naturalis. vid. pulcherrimus textus in *l. 1. §. 3. & 4. de peric. & commod. rei vend.*

Digitized by Google

circumſtantia particulari. Dicitur *manifeſtata &c.* manifeſtatur autem non per præconem, ſed per adventum uſûs rationis. Reliquæ particulæ objectum indicant, de quo paulò pòſt. Ex his colligitur, noſtram definitionem notabiliter differre ab illa, quæ à multis traditur, quòd nimirum *ſit congenitum rectæ rationis dictamen* (meliùs cum *Grotio de Jur. Bell. & Pac. lib. 1. c. 1. n. 10.* dixiſſent *dictatum*) *præcipiens ea, quæ creaturæ rationali ſunt conſentanea, & prohibens contraria.* Siquidem juxta hanc definitionem Jus naturæ formaliter conſiſteret in dictamine rectæ rationis ab ipſa creatura rationali emanante; hoc autem ex eo impri- 2
mis dici non poteſt, quia creatura rationalis eſt ipſum ſubjectum Juris naturalis; tam parùm igitur Jus naturæ poteſt conſiſtere in dictamine creaturæ rationalis, quàm parùm lex poſitivà in dictamine ſubditorum. Deinde dictamen ſupponit ipſam legem, & tantùm dictat, quid ſit lege prohibitum, quid ſit lege præceptum, adeóque non poteſt eſſe formaliter ipſa lex.

Fundamenta contraria, de quibus videri poteſt *Laud. Magnif. d. l. à num. 38.* tantùm probant Jus naturæ ſaltem virtualiter conſiſtere in 3
dictamine rectæ rationis, quatenus lex naturæ non obligat, niſi ut ſe tenet ex parte hominis, & per dictamen rectæ rationis naturæ rationali manifeſtatur; convenientiùs igitur explicatur, Jus naturæ conſiſtere in ordinatione *Divinæ Sapientiæ*, ſeu ipſius Legiſlatoris, ſicut omnes aliæ leges.

Dividitur Jus naturæ in *Creatū,* & *Increatū.* hoc eſt, ipſa lex æterna in Deo: illud eſt illa ipſa lex, ſed homini jā manifeſtata, ſeu quaſi promulgata.

Dividitur in *Affirmativum* & *Negativum.* Illud præcipit, ut actus ponatur, v.g. ut DEUS colatur, parentes honorentur: Iſtud prohibet, ne actus fiat: ne ſcilicet furtum committatur, ne mentiamur &c. Diſcrepant notabiliter, quia jus *affirmativum* obligat ſemper, id eſt, ſemper adeſt obligatio, ſed non pro- ſeu ad ſemper v.g. orandum: econtra *Negativum* obligat ſemper & pro- ſeu ad ſemper, cùm in nullo inſtanti liceat mentiri, DEUM odio habere &c. Ratio diverſitatis, etiam ad ſpecies juris poſitivi applicanda, ex eo pateſcit, quòd jus affirmativum imperet, ut actus fiat; eſſet autem impoſſibile, ſemper eſſe, ac perſiſtere in continua oratione, actu eleemoſynæ &c. Jus negativum verò vult, ut actus omittatur; facilior autem eſt omiſſio actûs, etiam à dormiente facilè obſervanda, quàm poſitio.

Dividitur in *primævum* & *ſecundarium.* Prius, ajunt, illud eſſe, quod omnia animalia docuit (a) ſeu quod cadit in bruta: poſterius,

(a) Ita ſumpſiſſe videtur Cicero pro Milon. *Tuitionem corporis* ait; *non ſcriptam, ſed natam eſſe legem, quam feris natura ipſa præſcripſit.*

quod ſoli homini proprium eſt. Hæc diviſio licèt multis videatur explodenda, tolerari tamen poteſt, ſi pro Jure naturali primævo intelligatur Jus naturæ impropriè tale, ſumptum nimirum pro inſtinctu naturali. Nec enim (aut vehementer fallimur) aliter intelligunt.

4 Cauſa efficiens eſt DEUS tanquam Author naturæ, ſeu natura naturans: poſtquam enim Supremus rerum Artifex creaturam in *ſe defectionem* produxit, neceſſario debuit illi normam vivendi præſcribere, quod factum ab omnibus rerum publicarum Conditoribus.

5 Subjectum eſt omnis & ſolus homo. *Omnis* ſine diſcrimine ſexûs, ætatis, ſtatûs, ſeu conditionis, ſive igitur ſit mas, ſive fœmina, ſive pubes, ſive impubes (non tamen infans naturaliter talis, ſaltem in actu ſecundo) ſive Superior, ſive inferior, jure naturali obſtringitur hôc ipsô, quòd ſit creatura rationalis. *Solus homo.*

Utrùm igitur Jus naturæ non cadat in bruta? Non cadit: ita poſt alios quàm plures *D. D. Gletle cit. Jurisp. fund. lib. 1. tit. 2. cap. 2. §. 1. n. 1.* Ratio princeps eſt, quia, ut aliquis lege quadam teneri poſſit, debet poſſe cognoſcere, hoc eſſe lege prohibitum: hoc eſſe lege præceptum, ſeu diſcernere bonum à malo, ut detur electio: aliàs enim delictum ei imputari haud poterit. Atqui bruta, utpote rationis expertia, non poſſunt dignoſcere bonum à malo, æquum ab iniquo, aut unum ex illis eligere; quidquid enim agunt, ex neceſſitate agunt.

His non obſtat I. definitio Juſtiniani *in pr. Inſt. h. t. Jus naturale eſt id, quod natura omnia animalia docuit; nam jus iſtud non humani generis proprium eſt, ſed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari naſcuntur.* Nam reſponderi poteſt, vel Juſtiniano in materia juris naturalis, tanquam ab ipſo independente, non competere authoritatem vel, ſalvâ ejus reverentiâ, dici, tantùm definiviſſe Jus naturæ impropriè tale, ſcilicet prò inſtinctu naturali, juxta explicationem ſuperiùs datam: quamvis, ſi licèt veritatem fateri, dicendum ſit, Imperatorem noſtrum fuiſſe ab Ulpiano deceptum, qui ſententiam Stoicorum, quibus Jus naturæ erat ipſa natura, ſecutus, *in l. 1. §. fin. ff. de J. & J.* expreſsè docet, Jus naturæ à Jure Gentium in eo diſtingui, quòd illud omnibus animalibus, hoc verò ſolis hominibus inter ſe commune ſit.

Non obſtat II. Quòd bruta ſint capacia pœnæ, conſequenter etiam culpæ, & ſi culpæ, etiam obligationis, ac exinde legis. Antecedens probatur ex variis textibus Juris Divini, *ut Gen. 9. v. 5. Levit. 20. v. 15. & ſeqq. Exod. 21. v. 28. & ſeqq.* ubi legitur, bruta fuiſſe punita. Nam non fuerunt punita ob præviam aliquam culpam, ſed, vel in majorem deteſtationem criminis, vel, ut tollatur occaſio impoſterum peccandi.

Objectum Juris naturalis, & quidem *præceptivi*, ſunt actus de ſe, & intrinſecè honeſti ſeu boni, & *prohibitivi* actus de ſe, & intrinſecè inhoneſti, ſeu mali. Quò ſpectant non tantùm univerſaliſſima principia: *bonum eſt faciendum*, *malum omittendum*, ſed etiam, quæ ex iis immediatè deducuntur, v. g. *DEUS eſt colendus*, *parentes honorandi*, *furta*, *mendacia omittenda &c.* Item omnia præcepta Decalogi, ſi circumſtantiam Sabbathi excipias. Verùm hic ſubſiſtis interrogans, unde ergo poſſit cognoſci, utrùm actus hic vel ille ſit intrinſecè honeſtus, vel inhoneſtus? Equidem, uti ſunt quidam actus, quorum intrinſeca honeſtas, vel turpitudo ſtatim apparet ex eo, quòd immediatè ex primis principiis univerſaliſſimis, quæ ab habente uſum rationis ignorari non poſſunt, deducantur, ita etiam ſunt quidam magis abſconditi, quorum malitia, vel bonitas non ſtatim elucet. Interim pro regula tenendum, omnes illos actus eſſe de ſe honeſtos, qui ſunt neceſſarii ad conſervationem naturæ rationalis, ſeu hominis quà talis, & omnes econtra eſſe inhoneſtos, qui tendunt ad deſtructionem naturæ humanæ, ſeu rationalis. Si adhuc hæſitas, quinam iſti ſint, ſepone (ſi potes) omnes affectus particulares, ad imperium, divitias, ad iracundiam, ad libidinem &c. quibûs fortè agitaris, & quidquid abſtrahendô ab omni caſu particulari, ſeu affectu, tibi dictabit ratio naturalis, eſſe honeſtum, vel turpe, illud erit tale: DEUS enim & natura non deficiunt in neceſſariis, dummodo nos non deficiamus in viribus ad nos ipſos vincendum. Videantur aliæ regulæ apud *Clariſſ. D. à Someting. Introduct. in univ. Jus ad h. t. part. 1. §. 9.* (a) 6

Forma intrinſeca, & eſſentialis conſiſtit in differentia, quâ ſecernitur à Jure poſitivo. Secernitur autem in eo, quòd Jus naturale præcipiat, vel prohibeat ea, quæ aliàs de ſe, & ante omnem præceptionem bona, vel mala ſunt, idcirco præcepta, quia bona, vel prohibita, quia mala: ſic cultus Divinus ante omne præceptum fuit actus bonus, & ideo exigebat præcipi, mendacium verò malum, quapropter exegerat prohiberi; econtra jus poſitivum præcepit, vel prohibet indifferentia, hoc eſt, quæ de ſe neque bona, neque mala ſunt, ſed primùm fiunt bona per præceptionem, & mala per prohibitionem. Uti patet ab exemplo de abſtinentia à carne certis diebûs, de jejunio, de venatione, quorum priores actus boni fiunt per præceptionem, & poſterior malus per prohibitionem. Reliquæ differentiæ circa cauſam efficientem, quòd ſcilicet ſit à DEO tanquam Authore naturæ, circa 7

 ſub-

(a) Interim triplex ordo in menſurando J. N. objecto præ oculis habendus eſt: Et quidem (1.) ad DEUM quà ſupremum naturæ Authorem. (2.) Ad ſe ipſum, ſeu ſui ipſius ordinatam dilectionem (3.) ad proximum.

ſubjectum, quòd omnes ſine diſtinctione obliget; circa formam accidentalem, quòd promulgetur per uſum rationis, de ſe conſideranti ejus proprietates clareſcent.

8 Sunt autem proprietates I. quòd ſit norma univerſalis omnium aliarum legum, hôc ipsô, quòd ſit omnium prima regula, & reſpiciat, quæ de ſe honeſta ſunt. Huc ſpectant *c. 29. de elect. in 6. l. 27. C. de teſtam.* & notabiliter *l. 2. §. 5. ff. de aq. & aq. pluv. arc.* II. quòd omnes & ubique, ſicut ignis ubique urit, æqualiter obliget. III. quòd non poſſit, ſaltem quoad principia univerſaliſſima, & ea, quæ immediatè ex iis deducuntur, ſine culpa ignorari, & denique IV. quòd ſit immutabile, ubi tamen

Diſceptatur, num jus naturæ planè ſit immutabile? Et reſpondetur, ſi ſermo ſit de mutatione ipſius legis, quam vocant directam, ſeu propriè talem, affirmativè: Eſt autem mutatio directa, ſeu ipſius legis, quando lex ex nuda voluntate Legislatoris tollitur, vel abrogatur, aut ſaltem, manente ipſa lege, obligatio quoad aliquos ceſſat, ùt fit in privilegiis contra jus: Ratio fundamentalis eſt, quia Jus naturæ præcipit vel prohibet id, quod de ſe, & intrinſecè honeſtum eſt, vel inhoneſtum, quod autem de ſe eſt tale, ſub iisdem circumſtantiis ſemper manet tale. Si igitur lex iſta mutari poſſet, deberet dicere: malum quà malum eſt faciendum, & bonum, quà bonum fugiendum. Unde ad rem *Tribonianus in §. 11. h. t. ſed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque obſervantur Divinâ quâdam providentiâ conſtituta NB. ſemper firma, atque immutabilia permanent.*

Dices, Dominus DEUS jam dudum mutavit Jus naturæ, dum *Geneſ. 22. verſ. 2.* Abrahamo licentiam dedit, ut occideret filium ſuum Iſaac, quod certè erat contra Jus naturæ. Negatur occiſionem eſſe contra Jus naturæ, ſi fiat authoritate illius, qui vitæ, necíſque Dominus eſt.

Dices II. Saltem mutavit tunc, dum juſſit Iſraëlitas auferre vaſa Ægyptiacis *Exod. 12. v. 35.* cùm utique furtum ſit contra Jus naturæ. Negatur rurſus ſuppoſitum, furtum fieri, ſi ille conſentiat, qui omnium rerum Dominus eſt, furtum enim eſt ablatio rei alienæ invito domino facta, ſed in caſu poſito, vel ſimili, non eſt ablatio rei alienæ, ſi DEUS rerum omnium Dominus conſentiat faciendô illam rem, uti poteſt, communem.

Dices III. Votum, juramentum obligant de Jure naturali, ùt certum eſt, ſed S. Pontifex in utroque diſpenſare poteſt, veluti omnes fatentur, & ſuô locô videbitur: ergo. Rurſus negatur votum, vel juramentum obligare de Jure naturali, ſi S. Pontifex illud non acceptet, vel

vel acceptatum remittat. Equidem juramentum & votum non aliter obligant de Jure naturali, niſi in quantum ab Eccleſia fuerint acceptata, vel approbata, ſi itaque S. Pontifex ejuſmodi votum; vel juramentum non acceptet, ſed potiùs annullet voluntatem illius, qui votum emittit, utpote ſibi perfectè ſubjectum, ceſſat eſſe votum, inde etiam ceſſat lex naturalis adſtringens ad ejus obligationem: adeóque eſto non poſſit facere, ut votum, vel juramentum non obligent, quamdiu manent votum, vel juramentum, quia tolleret eorum eſſentiam, poteſt tamen facere, ut votum non ſit votum, vel juramentum non ſit juramentum annullandô voluntatem voventis, vel jurantis: his autem, vel ſimilibûs caſibûs lex ipſa nullatenus mutatur, ſed tantùm mutantur circumſtantiæ, ſub quibus lex antea obligabat, hinc non lex, ſed circumſtantiæ mutantur, vel materia ab eo, cui ſubjecta eſt, ſubtrahitur, ut legi non ampliùs ſubſit, quæ ſubtractio, ſeu mutatio circumſtantiarum nullatenus dici debet mutatio ipſius legis: aliàs etiam privatus mutare poſſet Jus naturæ, dum debitum ex juſtitia, ideóque jure etiam naturali tale, ſuo creditori remittit. Verùm

Dices IV. Atqui materia Juris naturalis non poteſt mutari, uti patet in materia mendacii, odii DEI, blaſphemiæ &c. Fatemur dari materias Juris naturalis à Legislatore, tum Divino, tum humano independentes, quo caſu non tantùm erit impoſſibilis mutatio legis, ſed etiam ipſarum circumſtantiarum, vel materiæ ſubjectæ.

Effectus eſt obligatio, & quidem in conſcientia ad obſervantiam; nam hôc ipsô, quòd pœnam temporalem infligat nullam, ſpiritualem in altera vita timendam injungit, aliàs omni deſtitueretur effectu, ac efficaciâ.

§. II.

De Jure Gentium.

JUs gentium etiam tripliciter ſumitur I. pro Jure naturali, quatenus ab omnibus gentibus obſervandum eſt, & in hoc ſenſu religio erga DEUM, ac obedientia, parentibus, patriæ debita, Juris Gentium (id eſt Juris naturalis propriè talis (ſeu ùt vocant ſecundarii) eſſe dicitur *in l. 2. ff. de J. & J.* II. Pro Jure civili, quod apud plures gentes ob ſuam æquitatem, ac utilitatem receptum eſt, quò ſpectant tutelæ: contractus omnes, ſi literalem & ſtipulationis excipias. *ſ. 2. h. t.* III. pro vero Jure Gentium, quod à moratioribus Gentibus, quà talibus ſub obligatione introductum eſt, quod eſt hujus loci & 9

10 Definiri poteſt, *quòd ſit ordinatio rationis diuturnis Gentium moribus ad communem utilitatem Gentium quà talium introducta.* Dicitur notanter *diuturnis gentium moribus*: Jus Gentium quippe per frequentatos gentium actus, tacitóque conſenſu ad exemplum conſuetudinis introductum fuit. Siquidem quòd una Gens commercia, & legatos alterius Gentis admiſerit, placuit & aliis Gentibus, ac ita paulatim commercia & admiſſiones legatorum fuerunt introducta, vitióque verteretur, ſi gens aliqua abſque ulla rationabili cauſa ejuſmodi actus alteri genti denegaret: Et hôc modô de aliis actibus diſcurrendo. Dicitur II. *Ad communem utilitatem gentium quà talium introducta.* Per quod differt à Jure Civili, quod tantùm reſpicit utilitatem hujus, vel illius Reipublicæ in particulari.

Dividunt in *Scriptum*, & non *Scriptum*: illud ajunt, quod expreſſo gentium conſenſu introductum eſt, hoc, quod tacito conſenſu eſt approbatum.

11 Dividunt II. in *Univerſale* & *Particulare*, prius dicunt, quod plurium, aut ſaltem moratiorum gentium quà talium conſenſu receptum eſt, poſterius, quod aliquatum tantùm gentium utilitatem pro fine habet. Ita cum aliis *D. D. Sommeting h. t. p. 2. n. 20. & ſeqq.* Verùm utraque diviſio in dubium vocatur: Iſta, quia jus illud, quod fortè duas tantùm gentes reſpicit non jus gentium, ſed particulare potiùs dicendum. *Magnif. P. Schmier d. l. c. 4. num. 34.* ſicut enim ad Jus Civile non ſufficit, ſi aliquos tantùm ſubditorum reſpiciat, cùm ferri debeat communitati ita etiam Jus Gentium, ſi tantùm gentes quaſdam pauciores reſpiceret, non propriè dici poſſet Jus Gentium, nam uti ſe habet Jus Civile ad ſubditos unius Reipublicæ, ita Jus Gentium ad gentes. Illa ideo videtur ſuſpecta, quia non conſtat, quòd gentes aliquando convenerint, & quodam conſenſu expreſſo ſibi jus ſtatuerint.

Dices: utique fœdera inter gentes expreſſo conſenſu panguntur? Hoc quidem verum eſt, ſi conſiderentur fœdera inter unam, aliámve gentem ſancita, ſed, ſi conſideretur, quatenus à gentibus moratioribus recepta ſunt, ſeu in ordine ad gentes in communi, tantùm conſenſu tacito fuerunt introducta.

Quæres, quid dicendum de communi diviſione Juris Gentium *primævi & ſecundarii.* Nos, ùt non adeò inviti tranſmiſimus illam in Jure naturali, ita & hanc ſine abſurdo tolerari poſſe, exiſtimamus. Quid enim abſurdi, ſi Jus naturæ propriè tale dicatur Jus Gentium primævum, prout ab omnibus gentibus obſervari debet, utique illi ipſi, qui hanc diviſionem rejiciunt, docent Jus Gentium ſumi etiam pro Jure naturali, uti patet ex ſuprà *cit. l. 2. ff. de J. & J.* Jus Gentium itaque primævum

vum erit propriè Jus naturale, & impropriè Jus Gentium, ideo *primævum* dictum, quia ipſis gentibus quaſi congenitum ante Jus Gentium ſecundarium innoteſcit. Recepta eſt diviſio in *Affirmativum* & *Præceptivum*, quô actus præcipitur, v. g. ut admittantur Legati, commercia: & *Negativum*, ſeu *Prohibitivum*, quô actus prohibetur: v. g. ne veneneutur arma, fontes &c.

Cauſa efficiens juxta aliquos eſt DEUS tanquam Author humanæ ſocietatis, ſeu ſupremus Politiarum, ac Rerumpublicarum Princeps: uti enim voluit hominem eſſe animal ſociabile ad alium hominem, ita unam geutem ad aliam. Cùm igitur gentes quà tales alium Superiorem non agnoſcant: recurrendum erit ad DEUM. Juxta alios eſt tacitus conſenſus gentium, quorum tamen alii negant, eſſe veram ſpeciem juris legalis, hôc ipsô, quòd Superiorem non habeat: nam DEUS, ajunt, eſt tantùm cauſa remota, ſicut in aliis legum ſpeciebus. Nos, quos cura difficiliorum, & altiorum quæſtionum modò non tangit, ablegamus Lectorem *ad Magnif. P. Schmier cit. l. num. 14. & ſeqq.* Nec non *ad Clariſſ. D. P. Collegam Böckhn in Select. Add. lib. 1. tit. 2. & D. D. Gletle p. 1. quæſt. 1. num. 11.* 12

Subjectum ſunt gentes quà tales, ſeu homo, ùt eſt pars hujus vel illius gentis. 13

Objectum ſunt illa negotia, quæ primariò ſpectant ad communem felicitatem gentium quà talium. Huc reducuntur *Admiſſiones & Inviolabilitates Legatorum*; *Commercia* inter gentes, hoc eſt libera facultas cum nationibus aliis contrahendi ſeu negotiandi; *Fœdera*, ſeu pactiones publicæ à publicis perſonis arctioris conjunctionis causâ initæ (a): *Bella, Servitutes &c.*

Dices, hæc omnia ſpectare ad Jus naturæ: Unum ex his pro ſingulis ſufficiat. Commercia ſunt utique Jure naturali ſummè neceſſaria: juxta illud: *Non omnis fert omnia tellus.* Indiget igitur una Regio alterius auxiliô, quoad res, quibus illa caret, & altera ſuperfluit, una ſuperfluit vinô, alia ſale, quibus altera, experientiâ teſte, vel maximè indiget. Reſpondetur negando commercia eſſe abſolutè neceſſaria, cùm tantùm ſint ad melius eſſe, quælibet enim Regio neceſſariis ſaltem ad vitæ ſuſtentationem eſt inſtructa: non ſal, non vinum, non alia, quæ ad meliorem vitæ conſervationem optimè conducunt, ſunt abſolutè & ſimpliciter neceſſaria, ita ut aliàs creatura rationalis deberet deſtrui. Nec enim in loco planè deſerto, vel ad neceſſaria ſubminiſtranda non ſufficienti, conſtrueretur civitas, vel Regio, ſi ſolo naturali jure vivendum,

(a) Quatenus ſi ex rationabili cauſa, & debito modo petantur, ſine læſione J.G. (ſecus naturalis) non poſſunt denegari.

dum, & prævidendum eſſet, non fore admittenda commercia inter gentes.

14 Forma ex definitione eruitur. Effectus eſt obligatio ad obſervantiam, ſive obliget per modum legis, ſive deinde per modum pacti, cum hoc tamen diſcrimine, quòd ſi dicatur obligare per modum legis, major pars poſſet minorem cogere ad legem illam recipiendam. Non item, ſi per modum pacti, cùm nemo invitus ad paciſcendum vel pactum recipiendum cogatur. Interim tamen ſive ſe habeat per modum legis, ſive par modum pacti, etiam obligat Suprema Capita, ita, ut ſi lis inter iſta oriatur, non ſecundùm Jus Civile, quod non agnoſcunt, ſed ſecundùm Jus Gentium decidenda foret. Unde

Dubitas, an poſſit mutari? Reſpondetur affirmativè, ſi fiat conſenſu majoris ſaltem partis. Ratio eſt, quia fuit gentium conſenſu liberè introductum; ergo etiam poterit liberè mutari: Id quod æquè verificatur in illa ſententia, quæ in hoc jure DEUM immediatum Legislatorem admittit, quia veluti DEUS obligationem non introduxit, niſi conſenſu gentium uniformiter operantium, ita non ulteriùs, aut diutiùs obligationem porrigere, ſeu extendere velle cenſetur, niſi quamdiu gentes volunt eſſe obſtrictæ.

Dictum fuit conſenſu *majoris partis*, adeóque non unius, vel alterius gentis, hôc ipsô enim, quòd ab una vel altera gente non fuerit introductum, neque poterit ab una vel altera gente mutari.

Non officit, quòd poſſit una gens non uti commerciis, nam per hoc, quòd gens aliqua Jure Gentium uti nolit exercendo commercia, non mutatur; cùm ſit in illius libertate exercere, vel non exercere commercia. Sanè alteri genti vicinæ commercia prohibere non poterit ſine rationabili cauſa (belli fortè vel peſtis, quô caſu Jus Gentium nunquam obligavit) niſi velit impingere in Jus Gentium. Nec officit inſtantia, quòd apud gentem Chriſtianam ſublata ſit ſervitus tanquam legi charitatis minùs conveniens; nam hæc inſtantia prorſus non facit ad rem, quia Jus Gentium non præcipit, ut captivi redigantur in ſervitutem, hoc enim liberæ eſt voluntatis, cùm poſſit eos dimittere; ſed tantùm prohibet, ne occidantur, quòd ſi fieret vel maximè etiam apud Chriſtianos, peccaretur contra Jus Gentium.

Si urgeas, ſaltem apud Chriſtianos prohibitum eſt, ne redigantur in ſervitutem, quod Jure Gentium aliàs licet, ergo in hoc jam eſt mutatum Jus Gentium. Reſpondetur eſſe mutatum Jus Gentium permiſſivum, de quo nobis non eſt ſermo, non autem præceptivum.

§. III.

§. III.

De Jure Civili Romano.

JUs Civile, quaſi jus proprium ipſius civitatis, ſi in genere ſumatur, tot 15
quo populus Romanus utitur, quot ſunt civitates, à quibus appellatur; ſic & Jus, nuncupamus.
§. 2. *b.* Et hoc rurſus eſt vel *ſcriptum* vel non *ſcriptum*. Illud dicitur, quod fertur expreſſo Legislatoris conſenſu, & dicitur alio nomine *Lex.* Iſtud tantùm tacito conſenſu approbatur, & appellatur *Conſuetudo.* Non igitur dicitur Jus ſcriptum à ſcriptura, tanquam concreto logico, quaſi iſta eſſet de illius eſſentia; ſed ab expreſſo legislatoris conſenſu: Scriptum autem ideo nuncupatur, quia jus hoc ſolebat in ſcripturam redigi; Illud verò, quod tacito conſenſu introductum erat, memoriâ potiùs, quàm ſcripturâ retineri. *§. 10. b. t.* Hinc poteſt dari jus ſcriptum ſine ſcriptura; ſi nimirum lex publicetur, nec in ſcripturam redigatur, & viciſſim jus non ſcriptum, quod in ſcripturam datum eſt, uti cuilibet notum eſt quoad conſuetudines feudales, quæ manent jus non ſcriptum (nullus enim Legislator conſenſu expreſſo approbavit) & nihilominus in corpore juris typis datæ reperiuntur.

Argumenta contraria ſolvit *D. D. Someting. b. t. p. 2. n. 38.* Tibi ex dictis, juvante Minerva, non deerit reſponſio.

Scire autem cupis, quot ſint ſpecies Juris Civilis Romani ſcripti? 16
(de non ſcripto enim infrà) Numerantur ſex in *§. 3. b.* videlicet Lex, Plebiſcitum, Senatus-Conſultum, Principis placitum, Edicta Prætorum, & Reſponſa Prudentum.

LEX eſt, *quod Populus Romanus Senatorio Magiſtratu interrogante, veluti conſule conſtituebat. §. 4. b. t.* Modus ferendi leges apud Romanos erat breviter ſequens

Magiſtratus, adhibitis Viris peritis, legem concipiebat, concepta Senatui communicabatur, publicéque promulgabatur, ſeu exponebatur ſingulis legenda, ut Populus deliberare poſſet intra ſpatium trinundini, id eſt, trium nundinarum, ſeu 27. dierum (ſingulis enim novem diebùs recurrebant nundinæ) utrùm legem acceptare vellet, vel Jus antiquum approbare: elapsô trinundinô populo in campum Martium confluenti à Præcone recitabatur: ſequebatur rogatio Magiſtratûs ſolenni illa formula: *Velitis, jubeatis Quirites: boc ita, uti dixi, ita vos Quirites rogo:* additis verbis: *ſi vobis videtur, diſcedite.* Quô factô cuique in ſuam centuriam diſcedenti à capite pontis pro qualibet centuria extructi porrigebantur (poſt legem tabellariam) duæ tabulæ, quarum uni inſcriptæ

erant duæ literæ U & R. *utì rogas*, alteri lit. A. id eſt, *antiquo*, ſeu *antiqua probo*, harum alterutra ad extremitatem pontis deſtinatis ciſtis immittebatur: collectô tabularum antiquantium, & jus novum approbantium numerô, pluribúſque pro legis ſententia inventîs, lex approbabatur, ac jurejurandô firmata æneis tabulis incidebatur, publicéque

17 PLEBISCITUM eſt, *quod plebs plebejo Magiſtratu interrogante veluti Tribuno conſtituebat. d. §. 4.* unde vides, *Legem* à populo, *Plebiſcitum* à plebe fuiſſe latum. Differt autem plebs à populo non ùt ſpecies à genere, ùt vult Tribonianus *d. §. 4.* quia genus debet poſſe prædicari de ſuis ſpeciebus: atqui non poſſum dicere: plebs eſt populus; ſed ùt pars à toto, quatenus populi nomine omnes veniunt, etiam Patritii, & Senatores; plebis verò nomine Cives, excluſis Patriciis, & Senatoribûs, intelliguntur. Originem plebiſcitorum jam præoccupavimus in *Hiſtoria Juris period. 2. num. 3. verſ. Enatæ, & num. 4. verſ. Secunda & Tertia.*

18 SENATUS-CONSULTUM eſt, *quod Senatus jubet, atque conſtituit. Nam cùm auctus eſſet populus Romanus in eum modum* (ſunt verba Triboniani *in §. 5. h.*) *ut difficile eſſet in unum eum convocari legis ſanciendæ causâ æquum viſum eſt, Senatum vice populi conſuli.* Quo ſenſu hoc recipiamus, diſces ex iis, quæ ſupra ſcripſimus *ad Hiſtor. Jur. period. 2. in fin. & period. 3. circa initium verſu: quamvis.*

19 PRINCIPIS PLACITUM, ſeu CONSTITUTIO nihil aliud eſt, quàm *lex à Principe lata*: poſtquam enim lege Regia (ſi quæ exiſtit) vel tacito populi conſenſu ſenſim ſine ſenſu omnis poteſtas à populo in Principem translata fuit, quidquid Principi placet (intellige animô condendi legem) legis habet vigorem *§. 6. h.* & *L. 1. ff. de Conſtit. princ.*

Dividitur conſtitutio Principis in generalem, & ſpecialem: Illa eſt, quæ tangit omnes ſubditos. Iſta, quâ Princeps aliquid ſpeciale præter, vel contra jus commune ſtatuit, quò pertinet *primò*, ſi gratiam delinquenti faciat; *ſecundò*, ſi pœnam ordinariâ graviorem irroget, vel *tertiò*, ſi privilegium alicui concedat, fortè de non ſolvendis ſteuris &c.

Conſtitutio generalis rurſus ſubdividitur in Reſcriptum, Decretum, & Edictum. RESCRIPTUM eſt *reſponſum Principis ad ſupplicationem, & conſultationem ſubditorum ad applicandum, aut declarandum jus ſcriptô redditum.* Hic tamen non eſt diſſimulandum, Reſcripta de ſe potiùs ſpectare ad conſtitutiones ſpeciales, cùm ſoleant emanare ad applicandum, vel explicandum jus inter partes ſupplicantes, ſeu litigantes, quia tamen ea, quæ in ſcholis explicari ſolent, ſunt relata in Corpus Juris Canonici, cujus maximam faciunt partem, & in Codicem re-

pe-

Digitized by Google

petitæ prælectionis, ita, ut exinde acquiſiverint vim univerſalem, placuit illa ad conſtitutiones generales reducere.

DECRETUM eſt *Sententia à Principe cauſâ cognitâ inter litigantes lata:* ſolebant enim Principes exigente cauſæ dignitate, ſeu gravitate ipſimet jus dicere, ùt luculentis exemplis oſtenditur ex *l. 3. ff. de his, quæ in teſtam. del. l. fin. ff. de hered. Inſtit.*

Dubitatur, utrùm ejusmodi ſententia vim legis obtineat, ita, ut non tantùm partes litigantes; ſed etiam Judices inferiores ad illam in ſimilibus cauſis tanquam legem obſervandam obliget? Reſpondetur per ſe loquendo *negativè*, quia ſententia non eſt conſtitutiva, ſed applicativa juris jam conſtituti. Dictum fuit *per ſe loquendo.* Nam ſi Princeps declaret, velle ſe ſententiam, quam dixit, habere vim legis, haud dubiè pro lege tenenda erit: ita intelligitur *§. 6. h.* & *l. 1. ff. de conſtitut. Princip.* Quæ deciſio, & limitatio etiam procedit quoad ſententiam interlocutoriam: prius probatur ex *l. 3. C. de ll.* ibi: *interlocutionibus, quas in uno negotio judicantes protulimus, vel poſtea proferimus non in commune præjudicantibus.* Poſterius deducitur ex *d. l. 1. §. 1. ff. de conſtit. Princip.* ibi: *quodcunque igitur Imperator per Epiſtolam & ſubſcriptum ſtatuit vel cognoſcens decrevit, vel de plano* (ſcilicet animô condendæ legis) *interlocutus, vel Edicto præcepit, legem eſſe conſtat. Clariſſ. D. D. Franz p. m. ad hunc tit. §. 11. n. 131. & ſeq.*

EDICTUM eſt *conſtitutio, quâ Princeps motu proprio aliquid ſtatuit*, éſtque vera legis ſpecies, & differt à mandato, quòd in hoc certis tantùm perſonis aliquid injungatur. *Hopp. h. ad §. 6.*

EDICTA PRÆTORUM ſunt *illa, quæ à Prætoribus adjuvandi,* 20
ſupplendi, aut mitigandi juris civilis gratiâ proponebantur. §. 7. h. t. quandóque enim Jus Civile deficiebat, uti conſtat circa filios emancipatos, quibus à Patre in teſtamento præteritis Jure Civili nullum dabatur remedium. Prætor autem æquitate motus, cùm æquè ſint filii, impertitus eſt bonorum poſſeſſionem contra tab. *tot. tit. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* quandóque Jus Civile nimis rigoroſum videbatur: hunc rigorem mitigavit Prætor: uti patet ex plenis Titt. *de in integr. reſtit,* de actione Pauliana, quâ reſcinditur alienatio in fraudem creditorum facta, quæ de Juris Civilis rigore valet. Recapitulentur etiam dicta *ad Hiſtoriam Juris period. 2. verſ. Acceſſerunt quarto.*

RESPONSA PRUDENTUM ſunt *opiniones eorum, quibus conceſ-* 21
ſum erat de jure reſpondere. §. 8. h. t. Eorum originem, ac vigorem vide ſis in *Hiſtor. Jur. period. 3. n. 8.* Ex his reſponſis compilata eſſe Digeſta, eáque habuiſſe vim obligandi Judicem, ut juxta tale reſponſum judicaret, docent ea, quæ in Proœmio *loc. max. cit.* dicta ſunt. Hodier-

na JCtorum reſponſa; ſive à partibus litigantibus, ſive ab ipſo Judice pro ſua informatione impetrentur, cum non ſtringunt niſi à partibus compromittentibus fuerint petita; hoc quippe caſu debet Judex illud ſequi, & ſententiam reſponſô latam publicare. *Hopp. b. ad §. 8.* Extra ejusmodi caſus hanc tantùm habent utilitatem, quòd pars, quæ reſponſum pro ſua cauſa obtinuit, licèt cauſâ ceciderit, non poſſit condemnari in expenſas, neque Judex tale reſponſum amplexus, ad intereſſe, quaſi litem ſuam faciens, conveniri.

PARS II.

De reliquis Speciebus Juris poſitivi.

§. I.

Quotuplex ſit Jus poſitivum, quænam ejus cauſa efficiens, Subjectum & Objectum.

22 JUs poſitivum in genere eſt illud, quod dependet à libera voluntate Legislatoris, ſive Divini, ſive humani, ùt dictum eſt ſuprà. Idcirco

Dividitur in Divinum, & humanum. Illud rurſus in Jus *Veteris* (per quod intelligitur Lex à Moyſe (a) populo Hebraico promulgata) & *Novi Teſtamenti*, quod ſcilicet à Chriſto Domino fuit annuntiatum, & per Apoſtolos univerſo mundo prædicatum, præcipiens ea, quæ pro ſtatu gratiæ in præſenti, & gloriæ in futuro ſunt conſentanea, & prohibens contraria: ***Vid. de bis Plurim. Rev. ac Clariſſ. D. P. Bened. Schmier, Univerſitatis noſtræ Vice-Rector Meritiſſimus ad tit. de Conſtit. §. 5. per tot.***

Humanum eſt vel ***Canonicum***, vel ***Civile***. Prius fertur à poteſtate Eccleſiaſtica, ac præcipit, vel prohibet ea, quæ ad finem ſpiritualem, & ſupernaturalem conſequendum ſpectant, vel contrariantur. Poſterius conditur à Legislatore politico in bonum temporale, éſtque iterum

Aliud ***Publicum***, aliud ***Privatum***. Illud intendit bonum commune, & publicum totius Imperii. Iſtud reſpicit utilitatem, & commodum hujus, vel illius Reipublicæ in particulari, quod propiùs eſt noſtræ diſquiſitionis.

Di-

(a) Eſſe, dari Leges Divinas Moſaicâ antiquiores, ignorare nemo poſſit, qui vel fugitivis oculis Librum Geneſis percurrerit. Ibi *c. 2. v. 3.* ſanctificavit DOMINUS diem ſeptimum *verſ. 17.* prohibuit Proto-Parenti noſtro (& in eo omnibus hominibus) ne comederet de ligno ſcientiæ boni & mali. *verſ. 24.* juſſit, virum relinquere patrem & matrem, & adhærere uxori ſuæ. *c. 17. v. 11. 12. & 14.* impoſuit Abrahamo legem circumciſionis: quæ omnia ad jus naturæ velle reducere profectò violentum eſt.

Dividitur ulteriùs in *Præceptivum*, & *Permiſſivum*. Præceptivum, 23
quod præcipit, ut actus ponatur (& vocatur affirmativum) vel ut omittatur (& dicitur negativum, ſeu prohibitivum) Permiſſivum, quod actum neque præcipit, neque prohibet; ſed merè negativè ſe habet, tolerando actum, ſi non ſit malus, vel ſi malus, impunitatem extrinſecam concedendô.

Dices, Jus permiſſivum malè huc reduci, cùm non ſit ſpecies veræ legis, hôc ipsô, quia non obligat. Reſpondetur, ſaltem obligare, ne quis impediat eum, qui lege permittente aliquid agit, & ne Judex eum puniat. Deinde hæc diviſio ſuffulta eſt authoritate legali in *l. 7. ff. de ll.* ibi: *Legis virtus hæc eſt, imperare, vetare NB. permittere & punire.* Profectò, ſi preſsè loqui velimus, ùt ſolidè advertit *Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn de Conſtit. n. 11.* Lex permiſſiva, quà talis eſt, propriæ legis nomen, & effectum non ſortitur, cùm nullam obligationem ad actum ponendum, vel omittendum importet: ſed tantùm ùt ſimul eſt prohibens: hôc ipsô enim, quòd actum permittat, ſimul prohibet, ne lege permittente agere volens impediatur, vel ſi egerit, puniatur.

Præceptivum denuò eſt vel *purè tale*, vel *pœnale*. Illud actum tantùm præcipit, vel prohibet: hoc ſimul pœnam injungit: Et rurſus jus, ſeu lex pœnam injungens eſt etiam vel purè *talis*, vel *mixta*. Purè talis, quæ actum neque præcipit, neque prohibet: ſed tantùm ponenti, vel non ponenti pœnam injungit, v. g. *ſi quis venatus fuerit, centum ſolvat.* Mixta, quæ actum præcipit, aut prohibet, & ſimul pœnam injungit, & hoc vel *conjunctivè*, v. g. *nullus venetur, & ſi quis venatus fuerit, centum ſolvat;* & dicitur lex pœnalis conjunctivè mixta, quatenus pœnam cum actu conjungit. Vel *disjunctivè* v. g. *nullus venetur, aut ſi quis venatus fuerit, centum ſolvat.* & nuncupatur disjunctivè mixta, quatenus pœnam ab actu disjungit.

Dividitur inſuper in favorabile, & odioſum. *Favorabile* eſt illud, 24
quòd ex fine ſuo primario, & immediato favorem intendit. Huc ſpectat *l. 24. ff. ad L. Jul. de adult.* cujus finis primarius eſt indulgere juſto dolori. *Odioſum*, quod ex fine primario, & immediato odium reſpicit, quò ſpectat *l. 5. C. ad L. Jul. Maj.* primariò ad coërcendum perduellem lata. Item SCtum Macedonianum, vi cujus in odium fœneratorum filiusfam. ab efficaci obligatione ex mutua pecunia accepta fuit liberatus: à fine igitur primario jus favorabile, & odioſum deſumendum eſt; aliàs omne jus favorabile eſſet odioſum, & viciſſim: favorabile quatenus fertur in bonum communitatis: odioſum, quatenus obligationem, ceu onus imponit. Unde privilegia Fœminarum circa prælationem, Minorennium circa reſtitutionem, vix cognoſces, niſi à fine primario, qui

Digitized by Google

nimirum fuit favere fœminis, vel minoribus; eſto ſecundariò & per accidens vergant in præjudicium creditorum, qui fœminis debent poſtponi, vel qui minorenni rem contractu acquiſitam reſtituere. (a) Multùm autem intereſt ſcire, utrùm lex ſit favorabilis, num odioſa, quia illa amplianda, ſeu extendenda; hæc verò reſtringenda. *cap. 15. de R. J. in 6. Odia ſunt reſtringenda, favores ampliandi.*

25 Dividitur denique notabiliter jus, ſeu lex in prohibentem, & irritantem. *Illa* actum prohibet tantùm, ſed poſitum non annullat. *Hæc* non tantùm prohibet; ſed etiam poſitum annullat.

Neque dicas, hanc diviſionem non ſubſiſtere, cùm omnis lex prohibens ſit etiam irritans per apertum textum in *l. 5. C. de ll.* ubi in terminis traditur: quòd, eſto Legislator actum tantùm prohibuerit, nec irritaverit, tamen nullum ſit, ibi: *ut ea, quæ lege fieri prohibentur, ſi facta fuerint, non ſolùm inutilia, ſed pro infectis etiam habeantur: licèt Legislator fieri prohibuerit tantùm, nec ſimpliciter dixerit, inutile eſſe debere, quod factum eſt.* Nam hoc ſolummodo verum eſt in regula, id eſt, lex prohibens regulariter eſt etiam irritans. *cit. l. 5. & c. 64. de R. J. in 6.* non tamen ſemper & perpetuò, cùm multa fieri prohibeantur, quæ ſi facta fuerint, roboris habent firmitatem *c. 16. de regular.* patet luculenter de impedimentis matrimonii impedientibus, quæ matrimonium faciunt illicitum; ſed non invalidum; ùt ſuô locô videbimus. *Add. Magnif. P. Schmier lib. 1. tract. 1. c. 1. ſect. 3. n. 317.*

Neque dicas; aliud eſt prohibere, aliud irritare, cùm illud tantùm vetet, ne fiat, iſtud verò planè ad faciendum inhabilitet: hoc enim conceditur, ſi loquamur ex natura rei: non item ex diſpoſitione juris, quæ vult, ut lex prohibens ſit etiam regulariter irritans.

Quæres hic, unde ergo poſſit dignoſci, quando lex ſit tantùm prohibens? Reſpondetur I. ex eo, quòd ipſa lex actum, quæ prohibet, quandoque ſuſtineat, dando remedium reſciſſionis. II. Si actus non de ſe, & ratione objecti; ſed tantùm per accidens ob circumſtantiam quandam extrinſecam ſit prohibitus, ùt ſi contra fidem uni datam dominus rem alteri vendat; (b) & tradat. III. In materia Sacramentorum; ubi tantùm attenduntur ſubſtantialia, reliqua ſi deficiant, Sacramentum non nul-

(a) Aliter legem favorabilem & odioſam explicat noviſſimè *Plurim. Rev. ac Clariſſ. D. P. Oddo Schwarz Colleg. Obſervandiſſ. tit. de Conſtit. §. 1. n. 8.* quò vide.

(b) Non tamen, exiſtimes, velim, nos docere, ſecundam venditionem traditione roborari; hoc enim repugnare dictis *lib. 4. tit. 6. part. 3. §. 2. n. 21.* nondum obliti ſumus; ſed hoc animosè, & ſine metu contradictionis, quam pro tua, quâ ad etiſim abundare fortaſſis ſoles, propenſione evincere allaboras, contendimus, traditionem, eſto ob priorem venditionem illicitam, valere, eáque transferri in ſecundum emptorem dominium, quod prima venditione non obſtante penes venditorem manſit.

Digitized by Google

nullum; ſed illicitum reddunt, ùt conſtat de omiſſis denuntiationibus in matrimonio. IV. Si communis opinio, vel prudentûm interpretatio, actum fortè in favorem publicum pro valido reputet: unde valet electio digni in concurſu dignioris.

Cauſa efficiens juris poſitivi humani alia eſt remota, alia proxima. 26
Remota eſt DEUS (Juris Divini proxima) juxta illud *Proverb. 8. v. 15. & ſeq. per me Reges regnant, & conditores legum juſta decernunt: per me Principes imperant, & Potentes judicant terram.* Proxima eſt Legiſlator, qui in Eccleſiaſticis eſt Summus Pontifex, Epiſcopi, aliíque Prælati Eccleſiaſtici. De quibus videantur Canoniſtæ paſſim. In Sæcularibus pro diverſitate ſtatûs: Triplex enim Reipublicæ ſtatus eſt, MONARCHICUS: ubi ſumma poteſtas penes unum tantùm reſidet. ARISTOCRATICUS: ubi penes plures, ſcilicet Magnates, utì apud Venetos, Holandos &c. DEMOCRATICUS: ubi ipſi toti populo competit ita, ut ſimul ſumptus imperet, ſeorſim obediat. Hic ſtatus viget in Helvetia. In ſtatu itaque Monarchico leges ferre poſſunt Imperatores, Reges, Principes pro ſuis territoriis: In Ariſtocratico Magnates: In Democratico ipſe populus ſimul ſumptus. In noſtro Imperio Romano-Germanico, ſpectata moderna Reipublicæ facie, leges condere poteſt I. Imperator; ſed cum conſenſu Electorum, & Statuum; Ita cavetur in omnibus Imper. Receſſ. & Capitulationibus Cæſareis: ita docent uno ore Publiciſtæ, in quorum meſſem non decet nos falcem mittere. II. Leges (quæ tamen meliùs dicuntur ſtatuta ob defectum Majeſtatis ſtrictè talis. *Vid. l. f. §. 1. C. de ll.*) ferre poſſunt Electores, aliíque Imperii Status. *Stryk. V. M. P. tit. de ll. §. 5. & ſeqq.* juxta vulgatum, quòd tantùm poſſit Status Imperii in ſuo ſtatu, ſeu territorio, quantum Imperator pro toto Imperio. III. Nobilitas Imperii immediata, nimirum Franconica, Rhenana, & Suevica, die Fränckiſch-Rheiniſch-und Schwäbiſche Ritterſchafft. Imediatæ Imperii Civitates, die ohnmittelbare Reichs-Städt. *Knippſchild de Civitat. Imp. lib. 2. c. 10. n. 5.*

Subjectum legis eſt communitas perfecta, quæ ex pluribus Fami- 27
liis in certum corpus politicum ſub uno Regimine boni communis causâ coaluit. Leges enim non uni, vel alteri in particulari; ſed toti communitati feruntur, cùm ſint præceptum non particulare; ſed commune. *l. 1. 2. & 8. ff. de ll. Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. t. §. 5. num. 31.* Ut autem quis legibus obſtrictus ſit, debet eſſe ſubditus, rationis compos, & in territorio exiſtens. *Subditus, vel quaſi* (qui nimirum domcilium quaſi tale contrahit, ùt ſunt Srudioſi) cùm poteſtas præcipiendi in Superiore ſupponat tanquam correlativum in inferiori obligationem parendi, adeóque ſubjectionem. *Rationis compos*, quia lex, utpote regula directi-

rectiva actuum humanorum, actus, qui directionis ſunt incapaces, dirigere non poteſt. *In territorio exiſtens*, ſaltem regulariter, quia extra territorium jus dicenti impunè non paretur. *l. fin. ff. de jurisd.* jungatur *c. 2. de conſtit. in 6.*

Nec obſtat, quòd ſubditus, etſi ſit extra territorium, tamen maneat ſubditus; nam manet quidem ſubditus, ſed habitualiter, non item actualiter, & in exercitio. Neque enim intereſt regulariter Legiſlatoris, ut ſubditus leges territorii obſervet, dum ibi non reperitur, cùm leges territorium reſpiciant.

Nec obſtat, quòd teneatur præceptis. Etenim præceptum, ſicut reſpicit utilitatem perſonæ in particulari, ita illam ſequitur velut umbra hominem: leges econtra reſpiciunt utilitatem territorii, conſequenter ultra illud ſe non extendunt. Repetitum fuit *regulariter.* Si enim Legiſlatoris, ſeu boni publici interſit, ut ſubditi etiam extra territorium leges territorii obſervent, haud dubiè iis tenentur. Unde ex hac ratione in *l. ult. C. quæ res exportari non debeant*, prohibetur ſubditis, ubicunque degant, barbaris arma venundare. *In l. 4. C. de commerc. & mercat.* Civibus Romanis vetitum legitur commercia exercere cum Perſis. *In l. pen. C. de pœn.* capitale ſupplicium imponitur iis, qui ſcientiam conficiendarum navium hoſtibus communicant: Inde etiam cum *D. D. Oetle Juriſpr. fund. lib. 1. tit. 2. §. 5. n. 16.* inferimus, poſſe civibus etiam abſentibus imponi, ut ſingulis annis compareant ad juramentum ſubjectionis Principi, vel Magiſtratui præſtandum. Ex his ſe offert unum, vel alterum dubium, & quidem

28 Dubitatur imprimis, utrùm Legiſlator teneatur ſuis, vel ſuorum Anteceſſorum legibûs. Diximus *ſuis &c.* quin enim teneatur legibûs naturalibûs, & Divinis, quibûs æquè, ac alii ſubditi inferior eſt; item legibûs fundamentalibûs Imperii, ut apud nos ſunt Aurea Bulla, Capitulationes Cæſareæ, Receſſus Imperii, Pax profana, & Religioſa, ſaltem per modum pacti, indubium videtur. Ante reſolutionem dubiæ quæſtionis prænotandum, duplicem eſſe vim legis, *coactivam*, vì cujus transgreſſores poſſunt puniri: & *directivam*, quæ ſtringunt in conſcientia, & hæc rurſus alia *directa*, quæ emanat immediatè ab ipſa lege. Alia *indirecta*, quæ fluit ex alio principio extrinſeco, forte Jure naturali, pacto, juramento &c. His ſuppoſitis

Reſpondetur I. Legiſlatorem nunquam teneri ſuis legibûs vi coactiva, vel directiva directa: non vi coactiva, quia Superiorem non agnoſcit, à quo cogatur; non directivâ directâ, quia illa emanat immediatè ab ipſa lege, ſeu intentione legem ferentis, quæ non eſt ſeipſum; ſed ſubditos obligare: nemo enim ſibi ipſi imperare valet. *l. pen. ff. de re-*

recept. qui arbitr. quo ſenſu optimè dixit *Ulpianus in l. 31. ff. de ll. Princeps legibus ſolutus eſt.*

Reſpndetur II. Legislatorem teneri ſuîs legibûs, vel ſuorum Anteceſſorum ſaltem indirectè, ſi ſint in materia communi tam Principi, quàm ſubditis: ſecus, ſi pugnarent contra illius ſtatum, ſeu decorem, atque dignitatem. Prius membrum deducitur *ex §. fin. quib. mod. teſt. infir.* ubi ex oratione Divi Pertinacis refertur; Principem non probaturum tabulas non legitimè factas, in quibus ipſe ob eam cauſam inſtitutus eſt: ſubjecta ratione; *licèt enim legibus ſoluti ſimus* (Divi Severus & Antoninus) *legibus tamen vivimus.* His ſubſcribit *Paulus in l. 23. ff. de leg. 3.* ibi: *ex imperfecto teſtamento legata, vel fideicommiſſa Imperatorem vindicare, inverecundum eſt: decet enim tantæ Majeſtati, eas ſervare leges, quibus ipſe ſolutus eſſe videtur.* Neque aliter ſentiunt *Theodoſ. & Valent. in l. 4. C. de ll. Digna vox Majeſtate regnantis, ajunt, legibus ſe alligatum profiteri &c. Laud. Clariſſ. D. P. Bened. Schmier d. l. §. 8. num. 100.*

Quæres unde proveniat vis obligandi indirectè Legislatorem. Reſpondetur ex principio, & æquitate Juris naturalis, quod dictat, ut Princeps præeat bonô exemplô, & facto (a) oſtendat, legem, quam tulit, obſervatu eſſe poſſibilem, ſubditiſque non det ſcandalum. Ergo ſubinfers: Princeps arctiùs tenetur, quàm ſubditi, quia ſuis legibûs teneretur vi juris naturalis: ſubditi verò jure tantùm poſitivo. Negatur illatum; nam ſubditi jure & naturali, & poſitivo obſtringuntur ad obtemperandum Superioribus juſta imperantibus: juxta illud:

Subditus in Regem peccat, legémque, DEUMque,
Rex peccat ſoli, Rex quia nempe, DEO.

Alterum membrum, quòd non teneatur, ſi pugnent contra illius dignitatem, ex eo evincitur, quòd videretur indecoroſum, ſi Princeps nihil haberet præ ſubditis ſpeciale: quapropter ſi prohibeat ſubditis uſum purpuræ, armorum & ſimilia, his legibus non tenetur; cùm hæc non ſit materia inter Principem & ſubditos communis. Inde etiam fluit, quòd in ſuis propriis actibus non teneatur legibùs irritantibus: eſto igitur donatio inter conjuges ſit irrita, Princeps tamen Auguſtæ validè donat. *l. pen. C. de donat. int. vir. & uxor.* Item valet donatio à Principe facta ſine inſinuatione, quamvis excedat ſummam 500. ſolidorum. *l. 34. C. de donat. in. fin.* Princeps ſine teſtibus validè teſtamentum condit, quia quod à & coram Principe fit, toto jure teſte fieri cenſetur. *l. 19. C. de*

(a) Juxta illud
. . . *Non ſic inflectere Senſus*
Humanos Edicta valent, quàm vita Regentis.

teſtam. vid. Stryck. de caut. teſtam. c. 5. membr. 1. §. 2. Ceſſant etenim rationes in Principe, quarum intuitu ejusmodi leges latæ ſunt; ſic inverecundum eſſet timere, amorem inter Auguſtas Perſonas fieri venalem, Principem fore nimis incautè liberalem, vel in ejus teſtamento poſſe fraudes intervenire.

29 Eódem ferè modô reſolvitur vulgata quæſtio, utrùm Clerici teneantur legibûs civilibûs. Ubi imprimis eſt communis Catholicorum ſententia, leges civiles, quæ immediatè in Clericos contra eorum immunitatem tendunt, eos nullatenus ſtringere. *cap. 7. & 10. de conſtit. C. fin. de immunit. Eccleſ. l. 12. §. 1. & auth. Caſſa C. de SS. EE.* ratio de ſe patet, quia deficit jurisdictio. Si verò ſint generaliter conceptæ, nec ſint contra illorum ſtatum, & decentiam, eſto non teneantur vi coactiva, vel etiam directivâ directâ ob defectum jurisdictionis, tenentur tamen Clerici vi indirectâ, quatenus recta ratio à Jure Canonico agnita, & approbata dictat, ut Clerici (idem de Religioſis) ſtudeant conſervare emolumentum Reipublicæ, à qua, tanquam membra (etſi privilegiata) commodum participant; & ita communia pondera, menſuras, monetas ſervent, prohibitis venditionibus extraneis faciendis non contraveniant.

30 Dubitatur ulteriùs, utrùm peregrini teneantur legibûs particularibûs, ſeu ſtatutis loci, per quem transeunt, eſto notabili tempore ibi non morentur. Præmittenda ſunt magis certa. Imprimis admittunt, etiam negantes, inter quos (ſunt autem quàm plures) eſt *P. Engel de conſtitut. num. 31. & 32. D. D. Franz p. m. d. l. num. 69. & ſeqq.* teneri transeuntes ad obſervandas leges contractuum. II. Si ſunt leges communes, eſto in eorum patria ſint abrogatæ, quia hæc abrogatio eſt ſtrictæ interpretationis. III. Teneri eos, ſi ſint leges quidem particulares; ſed in utroque foro vigeant, quia hi duo Legislatores in unam voluntatem coëunt. IV. Si ſint latæ ad præcavendum grave damnum, vel conſervandum ſpecialiter tranquillitatem Reipublicæ, quales ſunt leges de non geſtandis armis &c. Rationem afferunt, quòd jure naturæ, & gentium quis teneatur evitare alterius damnum: Item quòd tranſitus non aliter à Superiore cenſeatur conceſſus, niſi ſub conditione obſervandarum talium legum, adeóque qui tranſire volunt, ipſô factô agnoſcant, & prorogent jurisdictionem. V. Si pro extraneis æquè, ac pro ſubditis latæ ſint, ex data ratione, quòd aliàs eis tranſitus non concedatur. Econtra VI. non teneri, ſi in loco tranſitûs ſint abrogatæ, adeóque gaudere commodo abrogationis.

Nobis ſemper præplacuit indiſtinctè affirmativa, quam cum aliis à ſe allegatis defendit *Magnif. P. Schmier. d. l. n. 171.* Militant pro hac generali deciſione ferè omnes rationes, quas Patroni ſententiæ contra-

riæ

Digitized by Google

riæ ad firmandas enarratas exceptiones adducunt, ut probè conſideranti patebit. Nunquam enim tranſitus cenſetur conceſſus, niſi tranſeuntes velint ſe conformare legibus, quæ non perſonas in particulari; ſed territorium reſpiciunt. Vult namque Legislator conformitatem ab omnibus in operando, ſicut omnes leges reſpiciunt tranquillitatem territorii, quamvis non omnes æqualiter: idcircò nec omnes tam graviter obligabunt; ſed tamen ſemper æqualiter tam ſubditos, quàm peregrinos. Facit etiam pro hac ſententia periculum generale ſcandali, quod ſemper durat, eſto pro uno vel alio caſu particulari ceſſet.

Neque obſtat communis ratio pro contraria, quòd tranſeuntes non ſint ſubditi: nullum enim forum contrahunt, neque domicilii, neque contractus, neque delicti, neque rei ſitæ. Alii autem modi acquirendi ſubjectionem non dantur. Nam hoc argumentum in ipſos objicientes retunditur, quos interrogare fas erit, quale contrahunt forum, caſu quo Legislator æqualem legem pro extraneis, & ſubditis tulit? Quando prohibuit, ne geſtentur arma? quando vigent in utroque loco? Reſpondebunt, ſortiri forum Juriſdictionis prorogatæ. Idem & nos replicabimus de omnibus aliis legibus, cùm pugnet eadem proportionaliter ratio boni publici.

Dices cum *Laud. Clariſſ. D. D. Franz ibid. num. 87. prob. 2.* lex naturæ jam ſufficienter proſpexit, ne peregrini dent ſcandalum, ne turbent tranquillitatem publicam, conſequenter, non eſt opus alia lege. Benè eſt; ergo neque erit opus, ut in caſibus, quos excepiſti, ſtatutis particularibus obſtringantur, cùm jam adſit lex naturalis, quæ eos obligat, & à turbanda tranquillitate publica retrahit: ac ita nulla etiam pro ſubditis opus erit lege poſitiva: ubi naturalis ſuppetit.

Objectum juris legalis, ſeu legis, variat pro legum varietate, quæ 31
vel præcipiunt, vel prohibent, vel permittunt, vel puniunt, vel irritant.

Objectum legis præceptivæ ſunt actus, qui poſſunt præcipi. Poſſunt autem præcipi actus poſſibiles, honeſti, externi, futuri, ac frequentiores. *Poſſibiles:* quia ad impoſſibile nemo tenetur. *c. 6. de R. J. in 6. l. 185. ff. eod.* *Honeſti:* ſive ſint juſtitiæ, ſive aliarum virtutum; dummodo conducant ad promovendum bonum publicum: uti patet ex dictis *de juſt. & jur. n. 16.* Inhoneſti verò præcipi non poſſunt, quia inhoneſta habentur in jure pro impoſſibilibus *l. 15. ff. de condit. inſtit.* quandóque tamen permittuntur, ex mox dicendis. *Externi:* internos enim merè tales à lege civili, de qua principaliter nobis ſermo eſt, non poſſe præcipi, aut prohiberi, res ipſa loquitur, cùm ad finem ad Legislatore politico intentum, nimirùm tranquillitatem Reipublicæ externam, & viſibilem, non pertineant: ſiquidem cogitationis pœnam nemo patitur, *l. 18. ff. de pœn.*

pœn. Dixi notanter: *merè tales.* Nam, ſi ſpectent ad perfectionem, ſeu ſupplementum actûs externi, poſſunt præcipi, ſaltem indirectè, quatenus actus externus ſine concurſu interni non eſt perfectus: hinc præcipitur bona fides in contrahendo *in l. 4. C. de O & A.* animus transferendi dominium in *l. 36. ff. de A. R. D. & l. 55. ff. de O & A.*

Nec obſtat, quòd actus occultus cadat ſub legem civilem: nam iſte de ſe, & ex natura ſua eſt ſenſibilis, & tantùm per accidens hic & nunc ignotus: internus autem de ſe eſt inſenſibilis, & occultus. *Futuri: c. 1. & ult. de Conſtit. l. 7. C. de ll.* ibi: *leges, & conſtitutiones futuris, certum eſt dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari.* Ratio eſt, quia lex præceptiva præſcribit, quomodo actus ſit ponendus, quod de actu præterito dici non poteſt, quia quod factum eſt, ſive benè, ſive malè, infectum fieri nequit *c. 11. cauſ. 32. q. 5.* Actus præteriti ſunt tamen materia legis declarativæ. *l. 21. §. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Dixi: *Frequentiores: l. 3. 4. 5. & 6. ff. de ll.* quod ita intelligi velim, ſi concurrant actus frequentiores, & rariores, leges ſemper ferri de iis, quæ frequentiùs contingunt; non tamen, ut negligant actus raros, & minùs frequentes. Vid. exempla in *§. 22. de. R. D. l. 3. ff. ſi pars her. pet. l. 36. ff. de Solut.*

32 Objectum legis prohibitivæ ſunt actus tum de ſe mali, tum indifferentes, tum etiam quandoque boni, ſi hic & nunc bono publico non conducant: ſic prohibitum eſt adminiſtrare juſtitiam diebûs feriatis. *tot. tit.* Juris Canonici, & Civilis *de feriis.* Reliqua per ſe patent.

Dices: Actus malus non poteſt præcipi; ergo neque bonus prohiberi. Reſpondetur, diſparitatem eſſe, quia malus ſemper retinet ſuam malitiam; hinc non poteſt fieri bonus; quia bonum ex integra cauſa. Actus autem bonus poteſt ob quaſdam circumſtantias fieri extrinſecè malus, & ideo prohiberi; quia malum ex quolibet defectu.

Objectum legis permiſſivæ ſunt actus boni, non rarò etiam mali, ut evitentur majora mala. *Can. 1. diſt. 13. c. 2. de ſponſ.* ſic olim permiſſus erat concubinatus *tot. tit. de Concub.* toleratur læſio juſtitiæ intra dimidium in *l. 16. §. 4. ff. de min. arg. l. 2. C. de reſc. vend.*

Objectum legis punitivæ, ſeu pœnalis ſunt actus mali, ſeu aliqua lege antea prohibiti: aliàs enim non ſunt culpoſi, & ideo neque prohibiti, cùm, ubi deficit culpa, etiam regulariter deficit pœna, *ſæpè laud. Magnif. P. Schmier cit. tr. & cap. num. 178.*

Objectum denique legis irritantis ſunt actus prohibiti futuri (præteriti enim, niſi fuerint antea prohibiti, quo caſu poſſunt in pœnam irritari) & etiam indifferentes, ſi ſit lex purè irritans; ſicut enim datur lex prohibens tantùm: ita etiam datur lex purè irritans, quæ ſcilicet actum non prohibet, ſed poſitum tantùm annullat: hinc condere teſta-

men-

mentum ſine 7. teſtibus non eſt actus prohibitus, interim tamen effectu deſtituitur: donare ultra 500. ſolidos ſine inſinuatione non eſt actus malus: interim autem donatio quoad exceſſum nulla eſt, & irrita, ùt ſuis locis videbitur.

§. II.

De Forma, Effectu, & Contrariis Juris poſitivi.

FOrma legis, ſeu Juris poſitivi intrinſeca, & ſubſtantialis colligi poteſt ex dictis *in princ. bujus tituli.* hic ſolummodo diſcutiendum reſtat, utrùm ad efficaciam legis requiratur acceptatio populi. Affirmat *Magnif. D. P. König bujus Univerſitatis quondam Rector meritiſſimus in princ. Jur. Can. lib. 1. tit. 2. num. 21.* quem ſecutus eſt ejus Aſſecla individuus *Clariſſ. D. Someting. b. t. num. 77.* 33

Fundatur hæc Sententia I. in *cap. 6. de Cler. conjug.* ubi Clerici Græci votô continentiæ non adſtringuntur NB. *quia Orientalis Eccleſia votum continentiæ non admiſit.* II. in *cap. 3. diſt. 4.* ibi: *leges enim inſtituuntur, dum promulgantur, firmantur, cùm moribus utentium comprobantur.* III. Evidenti textu in *l. 32. ff. de ll.* ibi: *nam cùm ipſæ leges nulla alia ex cauſa nos teneant, quàm quòd judiciô populi receptæ ſint:* quid clarius? IV. Quòd populus poſſit legem per contrariam conſuetudinem planè abrogare, multò magis eam non acceptare.

Diſſentiunt tam de Lege Canonica, quàm Civili *Magnific. D. P. Schmier. cit. tr. c. 5. ſect. 4. §. 2. & cap. 7. ſect. 4. §. 2. Clariſſ. D. P. Collega Böckn lib. 1. decret. tit. 2. num. 109. & num. 113.* quam ſententiam cum iſtis (a)

Probamus I. *ex §. 6. Inſtit. b. & l. 1. pr. & §. 1. ff. de conſtit. Princ.* ubi abſolutè, nullóque habito reſpectu ad acceptationem populi, poſtquam omnis poteſtas in Principem translata fuit: *quidquid ei placuit, legis habet vigorem.* quod non verificaretur, ſi lex dependeret ab acceptatione populi. Reſpondebis quidem cum *citat. Magnif. d. l.* hôc argumentô tantum probari, quòd lex habeat quidem de ſe vim obligandi; in actuali autem exercitio non aliter obligare, quàm ſi fuerit acceptata, cùm leges humanæ tantùm ferantur ſub ea conditione: *ſi fuerint à populo acceptatæ.* Verùm contrà eſt I. quòd *citt. tt.* abſolutè vim obligandi in Principis, non populi voluntate collocent. II. Quòd ſtante hac reſponſione Principis placitum non lex, ſed conſilium dici deberet.

I. 3 III.

(a) Quibus adjungimus *Clariſſ. D. P. Coll. Scharz loc. ſuperius cit. §. 5. n. 49.* qui hanc Sententiam nervosè, ùt ſolet, corroborat.

III. Quòd penes populum eſſet judicare, ſeu cognoſcere, utrùm conveniat, legem acceptare, vel non? cum tamen in jure ſacrilegium reputetur de judicio Principis diſputare. *l. 3. c. de crim. Sacrileg.* IV. Quòd, quamprimum lex lata eſt, ſtatim conſurgat jus naturæ dictans, & obligans, ut Superioribus juſta imperantibus obediamus. Hinc, cùm neque deficiat in Legislatore poteſtas, uti *cit. Magnif.* admittit, neque voluntas (vult enim legem, non conſilium ferre) ante omnem populi acceptationem naſcitur obligatio parendi. Neque movent argumenta contraria. *Non primum*, quia illa *non admiſſio* non fuit cauſa deficientis poteſtatis, vel obligationis; ſed tantùm occaſio, quòd S. Pontifex voluerit connivere, fortè ideo, quia prævidebat majora mala ſecutura. Ex quibus Adverſariis tantùm damus, quòd poſſit principi referri, legem hanc fore nimis difficilem, ita, ut Princeps poſſit conſilio plurium condeſcendere, & non acceptationem tolerare, ſeu obligationem legis non urgere. *Non ſecundum*, cùm imprimis ſit textus ipſius Gratiani: Deinde ſenſus eſt, quòd moribus utentium leges confirmentur extrinſecè, quatenus uſu magis roborantur; non item intrinſecè, ac ſi vim ab acceptatione populi nanciſcerentur. *Non tertium*, quia loquitur de ſtatu democratico, ſeu populari; ubi poteſtas legislativa reſidebat adhuc penes populum, loquitur enim de ſtatu, quo leges ferebantur per ſuffragia in verbis: *Nam quid intereſt* NB. *Suffragiô populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis, vel factis.* Id, quod apparet ex eo, quòd tota ratio obligandi fuerit acceptatio populi, non voluntas ipſius Principis: hinc miror, viros doctos huic textui tantum fidere.

Inſtant equidem, textum loqui de ſtatu præſenti: *tenent*, ſed ſtatus præſens illius legis erat Monarchicus, dum Julianus ſub Adriano & Antonino Pio viguit *l. 2. in fin. ff. de O. J.* Sed non eſt novum, tempus præſens pro præterito poni. *Ita Tribonianus in §. 5. h.* ait: *Senatus-Conſultum eſt id, quod Senatus jubet, atque conſtituit;* eſto eò tempore Senatus-Conſulta non ampliùs fuerint in uſu: ſic & hodie ſolemus dicere, ſervos fieri nativitate, captivitate, & venditione ſui ipſius, eſto ſervitus apud nos ſublata ſit.

Non quartum, quia in abrogatione per conſuetudinem intervenit tacitus conſenſus Principis, qui in non acceptatione nullatenus præſumi poteſt, cùm adſit conſenſus contrarius per legem hic & nunc latam expreſſus.

34 Effectus legis poſitivæ eſt obligatio, & quidem in conſcientia, ſive ſit Canonica; uti conſtat *Matth. 16. v. 18. & Joan. 21.* ſive ſit civilis, quia etiam poteſtas legislativa civilis à DEO provenit juxta *cit. ſupra text. Prov. 8. v. 15. & illud Divi Pauli ad Rom. 13. v. 1. & 2. non eſt po-*

Digitized by Google

teſtas niſi à DEO. Itaque qui poteſtati (etiam humanæ) *reſiſtit, DEO reſiſtit:* qui DEO reſiſtit, haud dubiè conſcientiæ reatum incurrit. Datò igitur, quòd lex civilis vi propriâ, & directa conſcientiam non tangat; tangit tamen illam vi juris naturalis, & Divini jubentis, ut juſta imperantibus obediamus: aliàs enim vis legis facillimè eluderetur.

35 Porrò, cùm omnis lex obliget in conſcientia, de ſe planum eſt, legem præceptivam obligare ad actum ponendum, prohibitivam ad omittendum, permiſſivam ad non impediendum actum lege permiſſum, pœnalem ad ſolvendam pœnam. Sed hic per diſtinctiones eundum, & videndum, utrum ſit purè pœnalis, vel mixta. Si mixta, & quidem conjunctivè, probabiliùs obligat ad utrumque, & ad actum ponendum, ſi fuerit præceptiva, vel omittendum, ſi negativa, & ſimul ad pœnam ſolvendam, ſi contra legem actum ſit; hôc ipsô enim, quòd Legislator præceptionem, & prohibitionem actûs cum pœna conjunxerit, utrumque vult & poſitionem, aut omiſſionem actûs, & pœnam in caſu contraventionis: Si ſit disjunctivè mixta, ad alterutrum tantùm obligabit: hôc ipsô enim, quòd Legislator verbis disjunctivis uſus ſit, alterutro, ſcilicet vel omiſſione actûs, vel ſolutione pœnæ contentus eſſe cenſetur, cùm in alternativis ſufficiat alterutrum præſtitiſſe. *cap. 70. de R. J. in 6.* Quòd ſi ſit purè pœnalis, ad actum ponendum, vel omittendum regulariter non obligat; ſed tantùm ad pœnam ſolvendam: potuit enim Legislator obligare tantùm ad pœnam, & etiam voluit, cùm legem pœnalem purè talem abſque præceptione, vel prohibitione actûs tulerit. *Magnif. D. P. Schmier cit. tr. c. 1. ſect. 3. §. 2. num. 114.*

Dices, hôc ipsô, quòd Legislator pœnam imponat, vult poſitionem, vel omiſſionem actûs. Reſpondetur velle actum, aut omiſſionem; ſed non ſemper ſub pœna Theologica, ſed tantùm Juridica, ſi nimirum ſit uſus verbîs purè pœnalibus: neque enim ad pœnam, ſaltem temporalem, ſemper prærequiritur culpa Theologica; ſed ſufficit Juridica, quæ eſt deviatio à regulis politiæ. Si igitur venanti pœnam injungat, non tamen venationem prohibeat, vult, ut omittatur venatio, vel ſi fuerit poſita, ut pœna ſolvatur. Idem de pœna omiſſioni actûs injunctâ proportionaliter diſcurrendum.

Dices: implicatorium eſt, dari obligationem in conſcientia ad ſolvendam pœnam ſine prævia culpa Theologica, cum culpa, & obligatio, debeant eſſe in eadem linea. Negatur illatum: nam ad pœnam etiam ſufficit cauſa: *c. 23. de R. J. in 6.* ibi: *ſine culpa nemo eſt puniendus, niſi ſubſit cauſa:* cauſa autem punitionis hic adeſt ſufficiens, hôc ipsô, quòd ſubditus contra legem pœnalem egerit, ſéque non conformaverit ordinationi politicæ à Legislatore intentæ. Addantur ea, quæ habet

Cla-

Clariſſ. D. P. Collega Böckn d. l. num. 34. Dictum fuit in concluſione *regulariter.* Excipitur enim lex purè pœnalis habens annexam pœnam ſpiritualem; hæc quippe ſine dubio ſtringit in conſcientia, cùm pœna ſpiritualis ſupponat eſſentialiter culpam Theologicam. *cap. 41. & ſeqq. cauſ. 11. q. 3.* quoniam igitur lex pœnalis ad pœnam ſolvendam obligat.

36 Quæres, utrum, qui contra legem pœnalem agit, ſtatim debeat pœnam ſolvere? Hic rurſus per varias diſtinctiones procedendum, utrùm nimirum ſit pœna ferendæ, vel latæ ſententiæ, utrùm pœna ſit ſpiritualis, vel temporalis, poſitiva, vel privativa, aut negativa? Pœna autem *ferendæ ſententiæ* dicitur, quando non ipſa lex pœnam exequitur, ſed alteri executionem demandat, tantùm pœnam minitando v. g. *ſub pœna Excommunicationis interdico.* Aut ſi lex ſit concepta in futurum, v. g. excommunicabitur, aut etiam excommunicetur &c. Pœna *latæ ſententiæ* eſt, quando ipſa lex executorem agit, ſi utatur verbis præſentis temporis indicativi modi e. g. *excommunicamus*, clariùs: *ipſo facto ſit excommunicatus.* Pœna *poſitiva*. quæ etiam dici poteſt *privativa*, dicitur, quæ ad ſui executionem actum vel delinquentis, vel tertiî requirit, ſeu quæ privat jure quæſito, ùt eſt confiſcatio bonorum, dimiſſio beneficii, ademptio vitæ. *Negativa*, quæ ad ſui executionem actum nullum requirit, ſed tantùm inhabilitat ad jus acquirendum. His prænotatis.

Dicendum I. Si ſit pœna ferendæ ſententiæ, lex non obligat ante ſententiam *condemnatoriam;* patet hoc ex ipſa natura legis pœnalis ferendæ ſententiæ, quatenus pœnæ executionem alteri committit.

Dicendum II. Si ſit pœna latæ ſententiæ; ſed tamen poſitiva, ſeu privativa, pariter non ſtatim obligat; ſed primùm poſt ſententiam *declaratoriam.* Probatur tum *ex cap. 19. de hæret in 6.* tum ex ratione ab æquitate, & difficultate deſumpta: durum enim, & difficile, imò quandoque vix non moraliter impoſſibile foret, ſi delinquens, commiſſo crimine, deberet ſtatim ſolvendo pœnam ſe ipſum accuſare: poterit igitur exſpectare ſententiam declaratoriam, ſi non pœnæ, ſaltem criminis.

Quæres, quid ergo in effectu interſit, cum in utroque caſu, ſive ſit pœna ferendæ, ſive latæ ſententiæ, ſi ſententia ſit poſitiva, requiratur ſententia? Reſpondemus cum *P. Engel ad tit. de conſtit. n. 43.* in eo differre, quòd ſententia condemnatoria (quæ obtinet in pœnis ferendæ ſententiæ) primùm obliget à tempore, quo fuit lata, ita, ut contraveniens fructus hactenus perceptos non teneatur reſtituere, eſto exiſtant: econtra in ſententia declaratoria (quæ habet locum in pœnis latæ ſententiæ, ſi pœna ſit poſitiva) retrotrahitur ad tempus commiſſi criminis, ita, ut debeat omnes fructus poſtea perceptos reſtituere, ſaltem exſtantes.

Si

Digitized by Google

Si ulteriùs quæras: ad quid ergo opus eſt ſententiâ declaratoriâ, ſi omnia à tempore commiſſi criminis debent reſtitui? Reſpondetur, imprimis ideo requiri, ne teneatur delinquens ſe ipſum accuſare. Deinde quòd fructus à tempore commiſſi criminis usque ad ſententiam perceptos non teneatur reſtituere, ſi eos conſumpſerit.

Dicendum III. Si ſit pœna negativa latæ ſententiæ, ſtatim obligat ante omnem ſententiam; hôc ipsô enim, quòd nullum factum ad ſui executionem requirat, adeóque non opus ſit, ut delinquens ſeipſum accuſet, ſtatim à delicto commiſſo obligat, & inhabilitat delinquentem ad jus acquirendum. *arg. c. 14. & 35. de elect. in 6.* Idem, ſi ſit pœna ſpiritualis. *arg. c. 5. de Sent. excom.* quia nec iſta ad ſui executionem factô quôdam externô, ſeu accuſatione indiget. Hæc de lege pœnali.

De lege irritante interrogas, ad quid ergo, & quando in conſcientia obliget, cùm juxta dicta de objecto in fine, qui ponit actum contra legem irritantem, non peccet? Reſpondetur in tantum obligare, quòd ex tali actu nullum commodum quis ſentire, ſeu percipere poſſit: eſt enim vera lex: ergo debet ad aliquid in conſcientia obligare.

Dices, eam obligare ad actum omittendum, uti patet de eo, qui contrahit matrimonium ſine Parocho, & teſtibus, qui emittit profeſſionem religioſam ante legitimam ætatem &c. Reſpondetur, has leges non eſſe purè irritantes, de quibus noſtra concluſio intelligenda eſt; ſed ſimul prohibentes; quæ non tantùm actum irritant, ſed etiam prohibent; quod plerumque contingit in materia Sacramentali. *Vid. pluribus ſæpè memorat. Magnif. P. Schmier d. tr. c. 1. ſect. 3. §. 4. à num. 134. usque ad finem. Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn l. cit. à num. 51.* (a).

Sciſcitaris, quandonam leges à tempore promulgationis obligare incipiant? Reſpondet ſub diſtinctione *ſupra memoratus Clariſſ. D. P. Bened. Schmier l. cit. §. 7. num. 83. & 88.* inter leges univerſales, & particulares; illas obligare, ait, poſt lapſum duorum menſium, iſtas ſtatim à tempore promulgationis. Prius probat ex *Nov. 66. in Præf. & cap. 1.* Ratio eſſe poterit, ut ſit uniformitas in operando: aliàs enim citiùs in uno loco, fortè minùs à Metropoli diſtanti, quàm in alio loco obligare inciperent. Poſterius ex eo deducit, quòd leges particulares poſſint citiùs venire in notitiam, & ideo faciliùs uniformitas in operando ſperari. 37

Contraria juris poſitivi legalis ſunt modi, quibus legis obligatio tollitur. Ceſſat autem obligatio, ſeu tollitur l. ſi ceſſet finis, ſeu ratio 38

 le-

(a) Quid de Statutis Univerſitatis ſeu Academicis? Non ſunt veræ leges: Quid ergo? Conſilia? Neque; ſed quædam regulæ ſimplices, ſeu ordinationes, quibus, præſertim ſi ſæpius contraveniatur, pœna injungitur, vel pecuniaria, vel incarcerationis, vel etiam excluſionis; aut aliàs denegatur commodum, v. g. teſtimonia &c.

legis *c. 6. de Appellat.* II. Per abrogationem, quæ fieri poteſt vel per legem, vel per conſuetudinem contrariam, Abrogare legem poteſt ipſe Legislator, ejus Succeſſor, vel Superior: non item Inferior. *c. 9. & 16. de maj. & obed.* ubi tamen notandum, quòd lex poſterior generalis non abroget ſpecialem, niſi ejus mentionem faciat: correctio juris enim odioſa eſt *cap. 29. de elect.* proinde meliùs eſt, utramque cum effectu retinere. Idem dicendum de ſtatuto particulari extra jus commune lato, cui lex generalis non derogat. Præſumitur enim Legislator ignorare ejusmodi ſtatuta *c. 1. de Conſtit. in 6.* III. Tollitur per diſpenſationem, vel etiam privilegium.

Subſiſtis, quomodo privilegium, & diſpenſatio differant? Reſpondetur, differentiam in eo conſiſtere, quòd privilegium detur ad plures actus cum aliqua perpetuitate: diſpenſatio verò ad unum, vel alterum actum tantùm, adeóque perpetuitatem non contineat, ùt ſi quis diſpenſationem ad contrahendum matrimonium in gradu prohibito impetret.

Tollitur denique, ſaltem inadæquatè IV. per derogationem, quæ contingit, ſi legis quoad partem tantùm vis minuatur. Hôc modô conſuetudines, ſeu ſtatuta locorum particularia non tollunt leges univerſales; ſed iis tantùm quoad hunc vel illum locum derogant, ſeu quidquam detrahunt, per quod differt derogatio ab abrogatione.

PARS III.

De Jure non Scripto, ſeu Conſuetudine.

§. I.

Quid, & quotuplex ſit conſuetudo, ejus Cauſa Efficiens, & Objectum.

39 Diviſimus ſupra in *p. 1. §. 3. n. 17.* jus in ſcriptum & non ſcriptum. De illo hactenus. Jus non ſcriptum, ſeu conſuetudo formaliter ſumpta (nam materialiter ſignificat ipſos actus, quibus introducitur, in quo ſenſu dicitur eſſe *facti*)

Definitur, quòd ſit ordinatio rationis diuturnis populi moribus introducta, & tacito, ſeu præſumpto Legislatoris conſenſu approbata. Dicitur I. *ordinatio rationis*; quæ particulæ occupant locum generis. Dicitur II. *diuturnis populi moribus.* Per quod indicatur, ad conſuetudinem requiri, & diuturnitatem temporis, & pluralitatem actuum, ſecus

Digitized by Google

ous in lege. Dicitur III. *& tacito, ſeu præſumpto &c.* (a) per quas particulas differt imprimis eſſentialiter à lege, quæ expreſſo conſenſu fertur: conſenſum autem præſumptum (per quem intelligimus conſenſum in legibus expreſſum, ſeu generalem) ideo ſufficere exiſtimamus, quia conſenſus tacitus, ſeu verus non ſemper adeſſe poteſt, præſertim quoad conſuetudines locorum particulares, quas Legiſlator ignorare præſumitur. *c. 1. de conſtit. in. 6. Clariſſ. D. Coll. Böckhn. de conſuetud. num. 3.*

Alia eſt *Canonica*, alia *Civilis*. Illa, quæ introducitur in materia 40
Canonica. Hæc in civili, ſeu profana; non itaque deſumitur ab introducentibus; ſed à materia: propterea, ſi Laici introducerent conſuetudinem circa diem feſtivum, eſſet Canonica, ſi Clerici circa contractus, civilis.

Alia *Publica*, quæ immediatè verſatur circa ea, quæ côncernunt bonum totius Imperii. Alia *Privata*, quæ ſtatum hominum privatorum reſpicit.

Alia *Univerſalis*, quæ in tota Eccleſia, vel Imperio, ſeu regno recepta eſt: quò referri ſolent conſuetudines feudales. Alia *Particularis*, quæ tantùm in uno vel altero loco, aut civitate illius Reipublicæ obſervatur.

Alia, ùt ajunt multi, eſt vel *juxta*, vel *contra*, vel *præter legem*. Prima, quæ legem latam confirmat. Altera, quæ illam tollit. Tertia, quæ in materia antea neque prohibita, neque præcepta obligationem inducit. Verùm hæc diviſio vix ſalvari poteſt; ſiquidem ad conſuetudinem propriè talem (cùm ſit altera lex) requiritur, ut novam obligationem inducat; ſed neque conſuetudo juxta legem, neque contra legem novam obligationem inducit: non illa, quia tantùm priorem confirmat: hinc eſt mera obſervantia legis (b) non iſta, quia potiùs obligationem tollit, ac primævum libertatis naturalis ſtatum reducit: ſic, quòd poſſimus ſalem evehere extra provinciam, non provenit ex lege aliqua poſitiva; ſed ex jure facultatis, ſeu libertatis naturalis, quatenus

 tum

(a) Dicunt quidam, ſed vix unus, aut alter, *Jure Gentium* principaliter, & immediatè approbari. At diſplicet hæc à communi conſenſu tam exorbitans digreſſio: Jus Gentium quippe tantùm, & ad ſummum ſe habet remotè. Quid enim jus Gentium ad conſuetudines locorum particulares? Conſuetudo itaque vim proximam habet, ſeu ſpiritum legalem à conſenſu illius, penes quem in illa Republica reſidet ſumma poteſtas. *arg. l. 32. §. 1. & l. 33. ff. de ll.*

(b) Eſto, inquis, legi novum jus non accreſcat, removentur tamen per uſum ea, quæ legem tollere poterant videlicet contraria conſuetudo, movetúrque Legiſlator ad legem illam confirmandam. At quid hoc eſt aliud, quàm legem, ſeu obligationem lege introductam firmari, & in facto declarari, ne tam facilè introducatur conſuetudo contraria, quæ tamen abſolutè nequaquaquam removetur.

tum lex naturalis, tùm poſitiva reſpectu ad hunc actum ſe habent merè negativè, ac indifferenter: pone autem à Principe terræ prohiberi, ne ſal evehatur; finge inſuper poſt aliquot annorum curricula, hanc legem prohibentem per uſum contrarium abrogari: in hoc caſu nulla obligatio inducitur; ſed prior cum ipſa lege per uſum contrarium abrogatur, adeóque, conſuetudo contra legem non eſt vera conſuetudo dicenda; ſed mera legis abrogatio, ſi legem totam enervet; vel derogatio, ſi tantùm quoad partem tollat. Sicut igitur mera abrogatio, vel derogatio legis (niſi poſitivum aliquid contineant contra legem priorem, nimirum quidquam præcipiendô) non merentur nomen veræ legis; ita nec talis conſuetudo vera conſuetudo dicenda erit. Revid. dicta ſuperiùs *num. 26.* & inſuper, quæ habet mox *Laud. Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn loc. cit. num. 9.*

41. Cauſa efficiens conſuetudinis eſt tacitus, ſeu in legibus expreſſus ſummæ Poteſtatis conſenſus, à quo tota vis obligandi emanat. Nec enim, ùt plures faciunt, libenter admitto, actus frequentatos à ſubditis exercitos ad conſuetudinem inſtrumentaliter concurrere: cùm cauſa efficiens inſtrumentalis debeat ſaltem inſtrumentaliter præcontinere effectum, in quem inſtrumentaliter influit: atqui actus ſubditorum neque inſtrumentaliter continent poteſtatem legislativam, cùm illa tota, quanta eſt (ſi loquamur de ſtatu Monarchico; nam in ſtatu Democratico Populus eſt cauſa principalis) in ſumma Poteſtate reſideat. Actus itaque ſunt potiùs *conditio ſine qua non*, ſeu indicium, vi cujus Legislator animum populi conſuetudinem introducere volentis deſumit.

42. Subjectum eſt communitas, in quam poteſt ferri lex, adeóque unica familia (niſi in tot ramos diffuſa, ut communitatem conficiat) non ſufficeret: cæterùm non opus eſt, ut hæc communitas polleat poteſtate legiſlativa, quia conſuetudo vim non habet à communitate; ſed à conſenſu ſummæ Poteſtatis.

Objectum eſt idem, atque in lege, videlicet actus in bonum Reipublicæ tendentes. Hinc corruptela eſt immoderata bibendi conſuetudo, qua combibones ad ſcyphos uno ductu, ſpiritúque evacuandos alternô, ſed peſſimô exemplô, ſeſe invitant. Reprobantur ejuſmodi propinationes tum in *cap. 14. de vit. & honeſtat. Cler.* tum in *R. I. de Anno 1500. tit. 28.* Sed ut ex *Kloch. exclamat Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. num. 6.* parùm profecerunt ſaluberrimæ conſtitutiones, dum vix non ab incunabulis fuerunt ſuffocatæ, & quaſi in ludibrium traductæ, dum inter Nobiles, teſtante eodem Clariſſimo, jam in proverbium abierat ſanitas Receſſuum Imp. Es gilt dir auf deß Reichs Abſchid Geſundheit.

Ne-

Neque hodie, præſertim apud nos Germanos, rariores ſunt à Receſſibus receſſus, ut non immeritò quidam cecinerit:

Germani poſſunt duros perferre labores.
O utinam poſſent ſic quoque ferre ſitim.

Cui tamen aptiſſimè non nemo ex noſtris repoſuit:

Ut nos dira ſitis, ſic vos Venus improba vexat,
Lex poſita eſt Veneri Julia, nulla mero.

§. II.

De Forma, Effectu, & Contrariis conſuetudinis.

FOrma conſiſtit in requiſitis, quæ ſpecificè quinque numerari poſſunt: Pluralitas actuum, Diuturnitas temporis, Rationabilitas, Animus populi, & ſummæ Poteſtatis Conſenſus. *Pluralitas actuum.* Numerus tamen haud eſt determinatus. Nam plures actus ideo requiruntur, ut colligi poſſit animus populi volentis hic & nunc introducere conſuetudinem, qui animus pro varietate circumſtantiarum, gravitate, vel parvitate materiæ quandoque tardiùs, quandoque citiùs eruitur: remittendum eſt itaque arbitrio Judicis, qui de actuum ſufficientia judicabit. *arg. l. 1. §. 2. ff. de Jur. delib. l. 1. C. quæ ſit long. conſ.* hic tamen 43

Controvertitur, num unus, vel duo actus ſufficiant? Placet affirmativa, quam cum aliis, quos citat, defendit *Clariſſ. D. P. Collega Böckn b. t. num. 25.* ſuppoſitô, quòd ſint actus notorii, diúque durent, æquivalent nempe pluribus actibus brevioribus.

Sed quiſnam erit ejusmodi actus aſſignabilis? Duos adducit Laud. Author. Unus, ſi populus contra legem præexiſtentem Principe ſciente, & non contradicente pontem ædificaret: ſanè iſte actus pluribus æquivalet, ita, ut nihil ad conſuetudinem deeſſe videatur. Reſpondent quidem contra ſentientes, poſtquam flumina ad jura regalium, conſequenter ad jus proprietatis reducuntur, caſum non eſſe ad rem, cùm, ubi jus proprietatis adimitur: ſit præſcriptio, non conſuetudo. Verùm optimè regerit citat. Clariſſ. P. Collega, hypotheſin poſſe intelligi de caſu, quo flumen jure ſpeciali ad populum pertineret: quo caſu hæc extructio non jus proprietatis ipſius Principis, ſed jus legale tangeret. Alter caſus eſſe poſſet, ſi populus contra legem in proprio ſolo facilioris commercii gratiâ novam viam pararet. Huic ſententiæ non contra-

Digitized by Google

rietur, quòd requiratur, ad conſuetudinem frequentia actuum. *§. gi b. l. 32. §. l. 33. ff. de ll. & l. 1. C. quæ ſit long. conſ.* nam ſufficit frequentia virtualis, ſeu æquivalens: unus actus autem diuturnus pluribus æquivalet, ita, ut animus populi ſufficienter ex illa continuitate actûs diuturni colligi poſſit. Alias reſponſiones vide apud memoratum Colen. diſſ. D. P. Collegam.

Dices: diuturnitas, & frequentia actuum in *citt. tt.* opponuntur legi, qua tali; ſed debent ppponi formaliter, non virtualiter, dum etiam lex hoc ſenſu virtuali plures actus requirit, cùm publicè debeat promulgari, & affigi. Reſpondetur, legem à conſuetudine non differre principaliter per pluralitatem actuum, ſed per conſenſum expreſſum, & tacitum Legislatoris. Deinde virtualis actuum frequentia in ordine ad legem ſe habet tantùm ſecundariò, & per accidens: in conſuetudine verò per ſe, aliàs non poſſet de animo populi conſtare. Cæterum, quia, ùt ſæpè dictum, ex actibus debet colligi animus populi, oportet etiam, ut iſti actus ſint *ſpontanei:* nam ex actibus metu extortis non poteſt animus introducendi conſuetudinem deſumi, & ideo etiam eſſe debent *voluntarii:* non erronei; quia nihil conſenſui magis contrarium eſt, quàm error. *l. 15. ff. de juriſd. l. 116. §. fin. ff. de R. J. Notorii;* quia occulti animum manifeſtare non valent. Non tamen requiritur (quidquid alii contra ſentiant (ut ſint notorii notoreitate juris, ſeu in judicio per ſententiam approbati; ſed ſufficit notoreitas facti, id eſt, ut de ſe ſint notorii *Gail. 2. obſ. 31. num. 8.* Notoreitas enim juris neque requiritur ex natura rei, cùm actus aliunde poſſint venire in notitiam, neque ex diſpoſitione juris, cùm non adſit textus, qui hoc exigat.

Neque dicas, adeſſe textum ſatis apertum in *l. 34. ff. de ll.* ubi Ulpianus ait, quòd ſi quis de conſuetudine conſidere videatur, *primo loco explorandum ſit, an etiam contradictô aliquo judicio confirmata ſit:* Nam reſpondetur, JCtum non præcisè requirere confirmationem judicialem; ſed, ſi dubium ſit, utrum conſuetudo ſit introducta, nec ne? Judici modum, ſeu conſilium ſuggerere, ut explores, utrùm ſecundùm illam fuerit judicatum: quo caſu ſine magna hæſitatione juxta illam pronuntiabit; adeóque ſenſus eſt, quòd ſi præceſſerint actus judiciales, faciliùs de conſuetudine introducta conſtare poterit.

44 Secundum requiſitum eſt *Diuturnitas temporis;* & hæc rurſus remittitur arbitrio Judicis. Qui rurſus ex majori, vel minori actuum frequentia, ex majori, vel minori obligatione, quæ inducitur, judicabit, an hoc, vel illud tempus ſufficiat; ſiquidem, quando actus rariores ſunt, vel obligatio gravior, opus erit majori temporis ſpatio, quàm ſi ſint frequentiores, aut levior inducatur obligatio. Equidem non ignora-

ramus, à quibusdam requiri aliquando tempus immemoriale, ſi nimirùm currat contra legem graviter obligantem. *P. Engel de conſuet n. 14. & ſeqq.* aliquando 40. annor. ſi contra Eccleſiam: aliquando 10. vel 20. ſi contra legem civilem. Idque probant paritate deducta à præſcriptione; ſed cùm à præſcriptione ad conſuetudinem, ùt ex dicendis patebit, non bonum ducatur argumentum; ejusmodi diverſitas eò magis diſplicet, quo minùs ex juris textibus ſolidè probari poteſt.

Dices: hæc diverſitas ex eo ſufficienter probatur, quòd in *l. ult. C. de Privil. ſchol.* dicatur VETUSTISSIMA. in *l. 32. §. 1. ff. de ll.* INVETERATA *in l. 6. pr. ff. quòd cujusque univ. nom.* PERPETUA *in l. 2. C. quæ ſit long. conſuet.* LONGÆVA. qui textus utique juxta datam diſtinctionem pro diverſitate materiæ ſubjectæ explicari debent. Reſpondetur, hos textus nobis potiùs, quàm Adverſariis favere, cùm in ſpecie nihil determinent; ſed pro diverſitate caſuum ibidem propoſitorum conſuetudinem quandoque nuncupent *vetuſtiſſimam*, quandoque *inveteratam* non rarò *longævam*, vel *perpetuam*: interim nihil certi præſcribant. Hoc ultrò *cum ſæpè Laud. D. P. Collega loc. cit. num. 32.* largimur, nonnunquam requiri tempus 40. annorum, ſi ſcilicet cum conſuetudine concurrat præſcriptio, vi cujus Eccleſiæ inferatur aliquod præjudicium, uti contingit, ſi per conſuetudinem à tota communitate (nam ſi à privato tantùm fiat, eſt nuda præſcriptio, quia præſumitur Parochus invitus aut ignorans) inducatur immunitas à ſolvendis Eccleſiæ Parochiali decimis, quod fieri poſſe conſtat ex *cap. 18. & 20. de decim.*

Tertium Requiſitum eſt *Rationabilitas.* Hôc ipsô, quòd conſue- 45
tudo ſit altera lex, & ſic ordinatio rationis: non tamen exigitur rationabilitas poſitiva, ita, ut debeat ratio aliqua ſpecialis aſſignari (a): hæc enim neque ad legem requiritur, cùm nemo rationem dare poſſit, cur ad præſcriptionem rerum mobilium tres potiùs, quàm quatuor, vel duo anni requirantur: ſed ſufficit negativa, quæ in eo conſiſtit, ut conſuetudo non ſit contra jus naturæ, Divinum, vel aliàs contra bonos mores, atque in materia utili, ac ita poſſibili, ut poſſit à majori parte communitatis obſervari: hinc non poſſet introduci conſuetudo circa quotidianum jejunium. Hic, dum rationabilitatem perpendis, haud immeritò

(a) Hanc non requirimus, eſto ſit conſuetudo legi contraria. At, inquis, opus eſt ratione poſitiva, ſeu negativa ſpeciali ad legem priori contrariam *c. 24. de Sent. excommun. in 6.* ergo etiam ad conſuetudinem, ſi ſit contra legem. Negamus, ùt ajunt antec. contrarium enim patet ex *Nov. 127. cap. 1.* quâ, nulla data ratione, emendatur. *Nov. 118. c. 2.* circa fratrum filios. Item ex *l. 1. C. de repud.* quæ contrariatur *l. 56. ff. ſolut. matr.* Nec non ex *l. fin. C. de temp. in integr. reſt.* quæ derogat *l. 1. §. 1. ff. ex quib. cauſ. maj.* Eſto non rarò majoris charitatis gratiâ ratio annecti ſoleat & ita capiatur *cit. c. 24. de Sentent. excom. in 6. & Nov. 111. in præf. & c. 1.*

Quæritas, utrùm ergo ſtante rationabilitate poſſit introduci conſuetudo per actus peccaminoſos, cùm utique actus peccaminoſi non poſſint eſſe, aut dici rationabiles. Hac ratione tamen minimè obſtante reſpondetur affirmativè. Ita poſt innumeros alios *Clariſſ. D. P. Bened. Schmier de conſuetud. §. 3. num. 12.* Ratio eſt, quia poſſunt adeſſe omnia requiſita, uti conſideranti patebit.

Dices, non adeſſe rationabilitatem, hôc ipsô, quòd actus ſint formaliter mali, neque etiam poſſe adeſſe ſummæ Poteſtatis conſenſum, qui in actus illicitos ferri non poteſt. Negatur antecedens quoad utrumque membrum: imprimis enim talis conſuetudo, quà fortè tollitur lex, ne evehatur frumentum extra Provinciam, poteſt habere rationem ſufficientem, quòd hic & nunc ob abundantiam frumenti, & defectum pecuniæ utiliùs ſit evehere, quàm non: nec enim actus peccaminoſi ex eô, quòd ſint contra rationem legis priùs exiſtentis, ſtatim ſunt contra omnem rationem. Hinc etiam ſequitur, quòd Princeps poſſit ſine abſurdo conſentire, non quidem in actus peccaminoſos, quà tales, ſed quatenus ſunt in bonum commune, ſeu potiùs in abrogationem legis, quæ illi libera eſt, hôc ipsô, quòd legem illam per aliam tollere poſſit.

Dices: non poteſt cum ſcientia juris alieni currere præſcriptio: ergo neque cum ſcientia legis contrariæ conſuetudo. Conſequentia ex eo clareſcit, quòd conſuetudo debeat eſſe legitimè præſcripta, hoc eſt mediante præſcriptione introducta. *C. fin. de conſ.* Negatur conſequentia & ſuppoſitum: latiſſima enim eſt inter præſcriptionem, & conſuetudinem diſparitas; ſiquidem per præſcriptionem adimitur illi, contra quem currit, jus proprietatis, & præſcribenti acquiritur: quapropter currit contra invitum, & ignorantem: per conſuetudinem autem contra legem non adimitur Legiſlatori poteſtas leges ferendi, & acquiritur populo; ſed tantùm lex abrogatur manente poteſtate legiſlativa in Principe intacta, ita, ut poſſit illam conſuetudinem pro libitu abrogare; & ideo Legiſlator, contra cujus legem conſuetudo inducitur, non eſt invitus, ſed potiùs tacitè, vel ſaltem præſumptivè conſentiens. Cùm igitur in præſcriptione alter, contra quem currit, jure ſuo privetur, & alteri eô invitô ita acquiratur, ut priori domino non detur ad illud ampliùs (ſaltem regulariter) regreſſus, jura meritò exegerunt bonam fidem. Idcirco falſum eſt, conſuetudinem debere introduci mediante præſcriptione, cùm alia ſint utriusque requiſita, & effectus, quòd autem debeat eſſe legitimè præſcripta, non habet hunc ſenſum, ac ſi deberet mediante præſcriptione introduci, ſed quòd debeat eſſe ſuis requiſitis inſtructa.

46 Quartum requiſitum eſt *Animus inducendi conſuetudinem*, cùm actus agentium non operentur ultra illorum intentionem *l. 19. ff. de R. C.* Quod ul-

ulteriùs deducitur ex *§. 9. b. ſine ſcripto jus venit, quod uſus approbavit; nam diuturni mores NB. conſenſu utentium comprobati legem imitantur.* Item ex *l. 35. ff. de ll. ſed & ea, quæ longa conſuetudine comprobata ſunt, ac per annos plurimos obſervata, velut tacita civium conventio, non minùs, quàm ea, quæ ſcripta ſunt, jura ſervantur.* Id, quod non tantùm procedit de conſuetudine præter legem, ubi obligatio inducitur, ſed etiam *contra* legem, ubi tollitur. Veluti colligitur *ex l. 32. §. 1. ff. d. t.* ibi: *Quare rectiſſimè etiam illud receptum eſt, ut leges non ſolùm ſuffragiô Legislatoris, ſed etiam NB. tacito conſenſu omnium per deſuetudinem abrogentur.* Uti enim ad obligationem inducendam requiritur conſenſus, & animus, quia actus agentium non operantur ultra intentionem, ita etiam ad tollendam: eſto faciliùs animus præſumatur, quando obligatio tollitur, quam quando inducitur, cùm jura ſint proniora ad ſolvendum, quàm ad ligandum *l. 47. de O. & A.* Ex dictis fluit, non eſſe inductam conſuetudinem ad accipiendam aquam benedictam in ingreſſu, vel egreſſu Eccleſiæ, ad accipiendos cineres prima die quadrageſimæ. Verum hic

Subſiſtis, unde ergo poſſit colligi animus populi volentis inducere conſuetudinem? Ex circumſtantiis, ſi videlicet populus in materia aliqua non adeo levi uniformiter ita operari incipiat, ut ſucceſſu temporis ægrè feratur in eos, qui contra faciunt. *Prælaud. Clariſſ. D. P. Schmier, d. l. n. 28. & ſeq.*

Quintum demum requiſitum eſt *Conſenſus Principis tacitus ſeu præſumptus*, quo mediante conſuetudo conſtituitur in ſtatu perfecto, & in facto eſſe. Dictum fuit *tacitus*, qui tum obtinebit, ſi Princeps populum ita operari ſciat, & non contradicat; ſed tacitè in illos actus, eos diſſimulando, conſentiat. Dictum fuit: ſeu *præſumptus* vel, quod nobis idem eſt, in legibus expreſſus (& hic enim reſpectu hujus, vel illius conſuetudinis in particulari tantùm præſumptus eſt) quatenus Legislator approbavit generaliter omnes conſuetudines rationabiles; vix enim poſſibile foret, ut Princeps ſpecialiter in hanc, vel illam conſuetudinem conſentiat, & illam tacitè approbet, cùm præſumatur particulares locorum conſuetudines ignorare. *c. 1. de conſtit. in 6. P. Engel de conſ. n. 19.* 47

Effectus conſuetudinis generalis eſt idem, qui legis, nimirùm obligatio ad faciendum, ommittendum, permittendum, vel puniendum, ita, ut tanquam lex obſervari tam à ſubditis, quàm jus dicentibus debeat. *vid. l. 32. §. 1. l. 33. & 35. ff. de ll. Lauterb. ff. ad d. tit. §. 43.* 48

Effectus ſpecialis variat: nam ſi ſit *juxta legem*, illam in ſenſu ſuperiùs recepto confirmat, & interpretatur *c. 8. de conſuet. l. 37. ff. de ll.* Conſuetudo enim dicitur optima legum interpres. *Si præter legem*, novam obligationem in materia antea neque præcepta, neque prohibita indu-

ducit, & hæc eſt ideo vera ſpecies conſuetudinis. *Si contra legem:* legem illam, cui contraria eſt, abrogat, vel ei (ſi tantùm quoad partem contrarietur) derogat. *arg. §. 11. h. & l. 32. §. 1. ff. de ll.* Ex ratione, quòd voluntas poſterior deroget priori *l. fin. ff. de conſtit. princ.*

Nec obſtat I. *cap. fin. de conſuet.* ibi: *licet longævæ conſuetudinis non ſit vilis authoritas, non tamen eſt usque adeò valitura, ut vel juri poſitivo debeat præjudicium generare.* Nam textus loquitur de conſuetudine irrationabili, ùt innuunt verba finalia: *niſi fuerit rationabilis, & legitimè præſcripta.* Verùm contra hanc reſponſionem.

Inſtabis: textus loquitur de conſuetudine, cujus non eſt vilis authoritas, conſequenter non poteſt loqui de conſuetudine irrationabili, quia conſuetudinis irrationabilis nulla eſt authoritas. Reſpondetur, etiam conſuetudinem irrationabilem, ſeu facti ante cognitionem Superioris pollere in loco, ubi viget, aliquali authoritate, ſaltem apparenter; unde propter illam authoritatem facti, ſeu apparentem (dummodo non ſit manifeſtè irrationabilis) transgreſſores legis humanæ excuſantur à pœna fori externi, & quandoque etiam à reatu conſcientiæ, ùt docet *P. Engel. d. l. n. 12.*

Non obſtat II. *l. 2. C. quæ ſit longæv. conſuet.* ubi ſimpliciter dicitur, conſuetudinem tam validam non eſſe, ut poſſit legem vincere: aliud ſiquidem eſt legem vincere, aliud illam abrogare: Ad victoriam requiruntur vires majores, non autem ad abrogationem: nam lex non abrogat aliam legem (idem de conſuetudine) quia vires majores habet, ſed ideo, quia lex poſterior derogat priori. Sit igitur, quod conſuetudo legem vincere non poſſit, ſeu ita tollere, ut non poſſit rurſus hæc conſuetudo ab alia lege abrogari, poterit tamen illam ſimpliciter, tanquam poſterior abrogare. *vid. Clariſſ. D. P. Collega Böckhn d. l. n. 12.* Vel textus rurſus intelligi poteſt de conſuetudine irrationabili, ſeu uſu longævo materialiter ſumpto, cui deficit juris authoritas, & aſſiſtentia verè talis, ac legitima.

49 Contraria ſunt modi, quibùs conſuetudo vel ab initio impeditur, vel introducta rurſus ſubvertitur. Impeditur ab initio, ſi jus planè reſiſtat, ut non poſſit prudenter præſumi conſenſus Legiſlatoris, quod fit I. Si repugnat Juri naturali, vel Divino. *c. fin. de conſuet.* Vel etiam II. immunitati Eccleſiaſticæ. *c. 3. & 8. de Jud. c. 4. & 7. de immunit. Eccleſ.* Aut etiam III. diſciplinæ Eccleſiaſticæ *c. 5. & 7. de conſuet. c. 1. eod. in 6.* Caterùm reprobatâ ſimpliciter conſuetudine non cenſetur reprobata immemorialis, quia habet vim privilegii. *c. 26. de V. S.* vel futura, ſed tantùm præſens, aut præterita ordinaria. *P. Engel d. l. num. 23.* Exinde colliges, conſuetudinem jam introductam poſſe tolli per aliam legem aut,

Digitized by Google

aut aliam conſuetudinem contrariam : imò de ſe quandoque ceſſare, ſi ceſſet ratio, ob quam fuit introducta. Quæ omnia patent ex dictis.

TITULUS III.

De Jure Perſonarum.

1 Vidimus, quid ſit Juriſprudentia, ejus objectum, juſtitia, quid inſuper leges, quibus actus humani, ut juſti ſint, debent conformari: nunc paulò latiùs ad juris, quô utimur, objectum deſcendendum : hujus tria ſunt capita. PERSONÆ, quibus jus dicitur, ſeu tribuitur. Res, de quibus jus dicitur, & ACTIONES, quibus mediantibus id, quod nobis debetur, perſequimur : *omne enim jus, quô utimur* (ſunt verba Imperatoris *in §. ult. Inſtit. de J. N. G. & C.*) *vel ad perſonas pertinet, vel ad res, vel actiones.* In Libro primo agitur *de perſonis* non quomodocunque, ſed in ordine ad ſtatum conſideratis. In ſecundo & tertio *de Rebus.* In quarto *de Actionibus.*

Jus autem hic nihil aliud ſignificat, quàm ſtatum : hinc in Digeſtis præſens Titulus rubricatus eſt *de ſtatu hominum.* STATUS autem *eſt qualitas, ſeu conditio, quæ efficit, ut homo hoc : vel illo jure utatur* ; ſic libertas facit, ut omnia facere poſſit, quæ juri ſunt congrua. PERSONA, ſi ſtrictè ſumatur, *eſt homo in ſocietate civili vivens.* Dicitur homo, per quam particulam convenit cum ſervo, qui etiam homo eſt. Per reliquas particulas ab eo differt, quia ſervus non vivit in ſocietate civili, ùt infra patebit ; ſi tamen perſona latiùs ſumatur, uti ſit *in hac rubrica : nec non in princ. h. & in l. 3. ff. de ſtat. hom.* idem eſt, ac homo.

2 Status hominis duplex eſt, *naturalis*, & *civilis*. Illum homo habet à natura, hunc ex diſpoſitione juris Civilis, & dicitur homini quaſi advenire.

A Statu naturali homo rurſus tripliciter dividitur. A Nativitate, à Sexu, & ab Ætate.

A Nativitate dividitur in natum, & naſciturum, ſeu poſthumum. *Natus*, qui in lucem prodiit, ſeu editus eſt. *Naſciturus*, qui nondum natus, ſeu in lucem editus eſt. Circa naſciturum eſt regula, quòd, ſi agatur de illius favore (præſertim, dum negotium differri nequit) habeatur pro nato. *l. 7. & 26. ff. de ſtat. hom.* modò poſtea VIVUS naſcatur ; ubi non requiritur vagitus ; ſed ſufficit, ſi ſpiritum ediderit. *l. 12. ff. de lib. & poſth.* (a) & non ſit MONSTROSUS. *l. 14. ff. de ſtat. hom.*

(a) Quid de partu exſecto ? Habetur pro nato, etſi matre mortua exſecetur *l. 141. ff. de V. S. l. 12. ff. de lib. & poſth.* Interim non poteſt dici, peperiſſe *l. 132. §. un. ff. d. t.*

Hopp. ad Princ. h. (a) hinc Poſthumo rectè tutor datur. *§. 4. de tut.* Eidem pupillariter ſubſtituitur *§. 4. de pupill. ſubſt.* Dictum fuit: *ſi agatur de illius favore*, ſecus, ſi agatur de favore tertii v.g. patris. *vid. l. 2. §. 6. ff. de excuſat.* ubi naſciturus patri ſe ob numerum liberorum excuſare volenti non prodeſt. Quandoque tamen exſpectatur nativitas, quod tunc potiſſimùm contingit, ſi actus quidam jam ſit in poſſeſſione: hinc primùm nativitate interrumpit præſcriptionem, *l. 45. ff. de minor.* rumpit teſtam. *§. 1. Inſtit. de exhæred. lib. l. 3. §. 3. ff. de injuſt. rupto. irrit.* *Natus* eſt vel legitimus, vel illegitimus. *Legitimus*, qui ex juſto thoro, ſeu matrimonio natus eſt. *Illegitimus*, qui extra matrimonium editus eſt. Cenſetur autem ex matrimonio natus, ſi menſe ſeptimo, ſeu 182. diebûs poſt nuptias contractas natus eſt. *l. 12. ff. de ſtat. hom. l. 3. §. fin. ff. de ſuis, & leg. hær.* ſi citiùs natus ſit, jam de jure præſumitur extra matrimonium conceptus, niſi circumſtantiæ aliter ſuadeant; fortè quòd partus ſit valdè debilis, & ex aliquo accidenti citiùs in lucem editus: qua in re multum tribuendum judicio Medicorum. Dixi *conceptus:* nam quoad nativitatem legitimè naſcitur, ſi ipſa nuptiarum die in lucem prodiret, dummodo conjuges fateantur, ſe anticipâſſe illicitos amplexus, quia inter tempus conceptionis, & nativitatis attenditur tempus proli favorabilius *l. 11. C. de nat. lib.*

Quid ſi poſt mortem Patris à vidua ſit editus? Cenſetur eſſe defuncti, adeóque partus legitimus usque ad 10. menſem incluſivè *l. 29. pr. ff. de lib. & poſthum. d. l. 3. §. pen. ff. de ſuis & leg. hæred.* Eſt tamen etiam hic tantùm præſumptio juris, ita, ut admittatur probatio contra legitimitatem; eſto intra decimenſtre vidua pepererit, forte quia conſtat, maritum ob gravem morbum diu fuiſſe ad copulam inhabilem, vel etiam pro legitimitate, quando poſt decimum menſem partus eſt editus, caſu quo nimirum vidua honeſtiſſimè vixerit, vel fuerit diligenter cuſtodita: imo hic etiam multum tribuendum judicio medicorum. *Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. t. §. 4. n. 8.*

3 Illegitimi alii ſunt ex thoro (olim ſaltem) permiſſo, alii prohibito, & ex prohibito, vel ſimpliciter tali, vel ſpecialibûs pœnis notato. Ex thoro *permiſſo* erant NATURALES, ſeu NOTHI, ſcilicet ex concubina (quam quis unicam domi ſuæ citra affectum maritalem carnalis commercii causâ retinebat) ſuſcepti. Ex thoro ſimpliciter prohibito erant SPURII, quaſi ſine patre (ſaltem civiliter, cùm Pater ſit is, quem juſtæ

(a) Monſtra non ſunt liberi: Eſt effatum Pauli *in d. l. 14. ff. h. t.* Adeóque non rumpunt teſtamentum *l. 3. C. de poſth. hæred. inſt. in fin.* Eſto aliàs habeantur pro partu, & hinc parentibus proſint ad evitandas pœnas orbitatis *l. 135. ff. de V. S.* Nec obſtat, quod habeant animam; nam tantùm erunt homines ſecundùm animam.

Digitized by Google

tæ nuptiæ demonſtrant. *l. 23. ff. de ſtat. hom. l. 5. ff. de in jus voc.*) nati, ſeu geniti. Ex thoro ſpecialibus pœnis notato, id eſt ex perſonis, inter quas vel ob conſanguinitatem, vel aliud impedimentum non poterat ſtare matrimonium, ſunt I. NEFARII, qui ex perſonis in linea deſcendenti recta conſanguineis progeniti ſunt. II. INCESTUOSI, qui ex perſonis conſanguineis in linea collaterali. III. ADULTERINI, qui ex perſonis, cum alia jam conjugatis, ſeu ex adulterio. IV. SACRILEGI, qui ex perſonis DEO ſacratis quæſiti ſunt. Jam hîs præmiſsîs.

Circa legitimos eſt regula, quòd ſequantur conditionem patris *l. 6. §. 1. ff ad municip. de incol. l. 10. ff. de ſenat.* Illegitimi verò ſimpliciter tales Matris. *l. 19. & 24. ff. de ſtat. hom.* Dixi *ſimpliciter tales:* nam ſi ſint ex thoro damnato, ſeu ſpecialibûs pœnîs notato, nullius conditionem ſequuntur: imò neque iis debentur alimenta. *Auth. ex complexu C. de inceſt. nupt.* intelligimus tamen alimenta civilia, id eſt juxta ſtatum, ſeu conditionem parentum, non tamen naturalia, quia negare alimenta eſt necare *cap. 5. in fin. de eo, qui duxit in matrim. l. 4. ff. de agnoſ. vel alend. lib.*

A ſexu dividitur homo in marem, & fœminam. Non enim dubium nobis eſt, fœminas numerari inter homines. *l. 152. ff. de V. S.* ibi: *hominis appellatione tam fœminam, quàm maſculum contineri, non dubitatur.* 4

Non obſtat *l. 38. §. 5. ff. de pœnis.* ubi mulier ab homine ſeparatur, ibi: *quòd ſi MULIER, aut HOMO perierit:* Nam non fit diſtinctio inter marem, & fœminam ſimpliciter; ſed tantùm inter Matrem prægnantem & fœtum, quem ideo *hominem* appellat, quia non ſcitur, an ſit mas, vel fœmina.

Quòd ſi participet de utroque ſexu, nuncupatur *Hermaphroditus:* circa hunc eſt regula, quòd ſequi debeat ſexum prævalentem, unde ſi ſexus maſculinus prævaleat, ad maſculos reducendus, ſi fœmineus, ad fœminas. *l. 10. ff. de ſtat. hom. l. 6. §. ult. ff. de lib. & poſth.* Si ſexus ſit æqualis, debet unum eligere, quem ampliùs mutare non poteſt. Quid autem, ſi ob defectum judicii nondum poſſit eligere? Habendus interim pro maſculo, quia eſt homo perfectior. *Eckold. ff. b. t. §. 2.* & ex eo *Mollemb. in theſ. jur. d. l. num. 22.* quæ obſervatio uſum egregium obtinet in feudis. Sanè, eſto Hermaphroditus admittatur ad matrimonium contrahendum, non tamen ei permittitur ingreſſus in Religionem, quia indecens æquè, ac periculoſum eſſet immiſcere fœminis illum, qui poteſt virum agere, vel maſculis, qui fœminam pati. *Sanchez de matr. lib. 7. diſput. 107. num. 3. & ult.*

Quæres, quænam ſit melior conditio maſculorum an fœminarum? Ubi requiritur præſtantia ſubjecti, melior eſt conditio maſculorum, & ideo fœminæ ab omnibus officiis civilibus, ac publicis removentur *l. 1. §. 5. ff. de poſtul. l. 2. ff. de R. J.* ubi autem agitur de commiſeratione, prævalet conditio fœminarum, habent enim varia privilegia, ſcilicet prælationis in *l. 12. C. qui pot. in pig.* SCti Vellejani *tot. tit. ff. & C. ad SCtum Vell.* huc etiam facit *l. 5. §. 3. C. ad l. Jul. maj.* ubi pœna perduellium ad filias non extenditur: in cauſis aliis ſunt conditione pares.

5 *Ab ætate*, alii ſunt Puberes, alii Impuberes. IMPUBERES, qui nondum expleverunt annum 14. ſi ſint maſculi, vel 12. ſi fœminæ, & hi rurſus ſunt vel infantes, vel infantia majores. INFANTES, (a) & quidem *naturaliter*, qui nondum habent uſum rationis. *Civiliter*, qui non impleverunt adhuc ſeptennium: unde poteſt aliquis eſſe infans naturaliter, ſed non civiliter, ſi nimirum non habeat uſum rationis, & tamen explevit ſeptennium, & viciſſim poteſt eſſe civiliter infans, ſed non naturaliter, ſi fortè habeat uſum rationis, & nondum explevit ſeptennium. Infantia majores dicuntur ab anno 7. usque ad pubertatem, ita, ut medietas temporis trahatur ad infantiam, & dicantur infantiæ proximi, alia medietas ad pubertatem, & dicantur pubertati proximi. *§. 9. & ibi Vinn. Inſt. de inutil. ſtip.* Illi non præſumuntur poſſe delinquere, benè verò iſti. Eſt tamen tantùm præſumptio *juris*, quæ admittit probationem in contrarium, *non juris, & de jure;* quapropter multi remittunt hoc arbitrio Judicis. Item illi non admittuntur ad teſtimonium dicendum; benè verò iſti, niſi teſtis requiratur ſolennitatis cauſâ, ùt ſuis locis videbitur. *princ. Inſt. quib. mod. tut. fin. l. ult. C. quand. tut. eſſe deſ.* & hæc eſt pubertas ordinaria: Extraordinaria, ſeu plena dicitur poſt ann. 18. in maſculis, & poſt 14. in fœminis, quæ obtinet in adoptionibus. *vid. §. 4. de adopt.* Item in alimentis legatis *l. 14. §. 1. ff. de alim. leg.*

Interrogas, cur fœmina citiùs pubeſcat? Ideo, quia imperfectiora citiùs veniunt ad ſuam perfectionem, hôc ipsô, quòd habeant pauciores gradus perfectionis: fœminam autem eſſe quid virô imperfectius, nemo negabit, niſi qui ultra ſexum virilem fœminarum patronum agere velit. Deinde pubertas deſumitur à potentia generandi, quæ citiùs in fœminis adeſt, quàm maſculis, cùm faciliùs ſit pati, quàm agere.

Pu-

(a) Ideo ita dicti, quòd (cum aliqua animi diſcretione) fari non poſſint *l. 70. ff. de V. O. l. 1. & 6. ff. rem pupill. ſalv. for.* Poſt hanc ætatem præſumuntur aliquid intelligere *l. 5. ff. de R. J.* Et quamvis in *§. 9. Inſtit. de inut. ſtipulat.* dicantur *nullum* habere intellectum; intelligendum, perfectum & comparativè.

Puberes rurſus ſunt vel MAJORENNES, vel MINORENNES; Illi ſunt, qui expleverunt annum 25. ſine diſcrimine ſexûs. Iſti, qui hanc ætatem non impleverunt *l. 1. §. 1. l. 3. §. 3. ff. de minor.* horum privilegia videbuntur ſuo tempore. Interim & hic

Interrogas, cur fœminæ non etiam citiùs fiant majorennes? Ideo, quia, ſi citiùs fierent majorennes, citiùs etiam amitterent beneficium reſtitutionis in integrum, & ita privilegium pubertatis, vi cujus poſſunt citiùs nubere, contra *c. 61. de R. J. in 6.* converteretur quoad majorennitatem in illorum odium. Hæc de ſtatu naturali.

Status civilis itidem triplex eſt. Libertatis, Civitatis, & Familiæ. 6

A Statu LIBERTATIS dividitur homo in *princ. Inſt. h.* in LIBERUM & SERVUM, quæ diviſio tamen non eſt in membra dividentia, cum ſervus ſtatum civilem non habeat; ſed potiùs ab oppoſito deſumpta. (a) Liber eſt, qui gaudet jure libertatis. Servus, qui hac facultate deſtitutus eſt. Eſt autem libertas definiente *Triboniano in §. 1. h. Naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, niſi quid vi, aut jure prohibeatur.* Dicitur *naturalis facultas*, non quòd emanet à jure naturali præceptivo: hoc enim ſenſu tolli non poſſet, ſed permiſſivo, quatenus jus naturæ permittit omnes eſſe liberos. Dicitur notanter, *niſi quid vi, aut jure prohibeatur.* Intelligitur juxta *Hopp. h. ad §. 1.* vis *injuſta*, utpote ſi quis à latronibus detineatur; hæc enim non tollit libertatem, ſed ejus tantum exercitium impedit *l. 13. princ. ff qui teſtam. fac poſſ.* *Aut jure:* Jus ſimiliter libertatem non adimit, tum quia, quæ jure ſunt prohibita, habentur pro impoſſibilibus *l. 16. ff. de condit. inſtit.* tum quia, ùt Cicero ait: *legum ſervi facti ſumus, ut liberi eſſe poſſimus.*

Hanc explicationem noviſſimè impugnat, ac erroris arguit *Joan. Philipp. Treiber h. t. ad cit. §. 1.* contendens intelligi debere *vim juſtam* fortè in bello illatam: nam, inquit, per juſtam demum, ſeu bellicam vim tollitur libertas: quòd autem illa *vis*, illúdque *jus* in definitione hac debeat intelligi, quibùs mediantibùs libertas tollitur, exinde colligitur, quòd particula niſi ſit exceptiva, reſpiciens ea, quæ libertatem tollunt, & impediunt: ſenſus ergò ſecundùm hunc Auctorem eſt, quòd liber ſit is, qui habet naturalem facultatem agendi id, quòd ipſi libet, niſi vi juſta (injuſta enim non minuit libertatem) prohibeatur. Vel ju-

(a) Hinc accuratiùs præſcinditur à ſtatu, & dividitur homo in liberum & ſervum, cùm ſtatus libertatis ſervos non comprehendat: Eſto ſervus poſſit in ſenſu laxiori dici PERSONA. *arg. pr. Inſt. h. l. 22. pr. ff. de R. J. & pr. Inſtit. de his qui ſui vel alien. jur.* Cæterùm, licet Gajus ſervos quadrupedibus exæquet *l. 2. §. 2. ff. ad L. Aquil.* congruentiùs tamen *homo* dicitur *arg. l. 14. §. 2. & 3. ff. de R. N. l. 14. ff. de O & A. l. 32. §. f. ff. de leg. 2.*

Digitized by Google

jure, quatenus ſervi jure prohibentur ſibi acquirere, teſtamentum facere, matrimonium contrahere &c. In effectu hi duo Authores videntur convenire, quòd ſcilicet vis injuſta non obſit libertati, quòd jus ſuo ſenſu illam tollat, & non tollat. Quis autem mentem Triboniani aſſecutus ſit, non juvat hic disquirere, dum quoad effectum in claris ſumus.

Servitus (à qua ſervi denominantur) *eſt conſtitutio Juris Gentium, qua quis dominio alieno contra naturam ſubjicitur.* Dicitur: *conſtitutio Juris Gentium:* ſcilicet ratione originis, quatenus jure gentium fuit introducta *l. 4. ff. de J. & J.* à jure tamen civili approbata. *§. 4. h.* Dictum fuit *contra naturam*, id eſt vel contra jus naturæ permiſſivum, vel contra primævum hominum ſtatum, quatenus omnes naſcimur liberi, vel contra inclinationem naturalem; quòd enim ſervitus non ſit omninò contra jus naturæ, patet ex *Cicer. lib. 3. offic.* ubi ait, *non eſſe contra naturam ſpoliare eum, quem boneſtum eſt occidere.* Siquidem magis naturæ rationali conſentaneum videbatur, & revera eſt, eos libertate, omnibúsque fortunîs tantùm privare, quibus omninò vita adimi potuiſſet.

Introducebatur ſervitus tam *Jure Gentium*, & quidem duobûs modis, *Nativitate* & *Captivitate* in bello juſto *§. 4. h. t.* *Nativitate:* ſi quidem natus è fœmina, quæ nullo tempore geſtati uteri libera fuit, erat ſervus. *l. 5. §. 1. ff. de ſtat. hom.* quia partus ventrem ſequitur *l. 24. ff. d. t. juncta l. 7. C. de R. V.* *Captivitate in bello juſto:* nam capti in bello injuſto manebant liberi *l. 21. §. un. ff. de captiv. & poſt. rev.* *Quàm Jure Civili*, ſcilicet venditione ſui ipſius, nec non revocatione ingrati liberti, & atrocitate ſententiæ *§. 1. de capit. diminut.* Venditione ſui ipſius, ſi nimirum quis, major tamen 20. annis, fingens, ſe eſſe ſervum, ab alio participandi pretii causâ ſe venundari patiebatur: eſto enim per ſe venditio, utpote hominis liberi, nulla fuerit; in pœnam tamen hujus temeritatis talis fiebat ſervus. *§. 4. h.* Miſerrima autem erat ſervorum conditio: jure enim civili habebantur pro nullis. *l. 32. ff. de R. J.* nihil poterant ſibi acquirere, nullum contractum inire, vel teſtamentum condere; nullum habebant ſtatum, ſeu caput. *§. 4. de capit. diminut.* hinc enatum illud; dari in jure homines vivos ſine capite, id eſt ſine ſtatu civili libertatis, civitatis, aut familiæ.

Hodie apud nos Chriſtianos rarior eſt ſervorum uſus, poſtquam ſervitus inter iſtos ſublata fuit. Dixi *rarior*; non enim planè hæc materia abolevit, dum turcæ apud nos captivi jure retorſionis pro ſervis habentur: licèt non noſtri apud turcas capti, ne afflictis addatur afflictio. Vid. ***Hopp. h. uſ. hod. ad §. 4. Stryck. uſ. moder. Pand. de ſtat. hom. §. 4.***

Quæ

Quæres, num homines proprii, die Leibeigene ſint ſervi? Negatur; poſſunt enim ſibi acquirere, teſtamentum facere, inire tum matrimonium, tum alios contractus; licèt quoad operas Dominis, & Dominorum prædiis ita addicti ſint, ut ſine Domini voluntate ab iis recedere non poſſint. *cit. Hepp. d. l.* Cæterùm ſervorum nulla erat quoad ſtatum differentia, cùm ſtatu caruerint *§. fin. h.* erant tamen differentiæ quoad illorum functiones: poterat alius eſſe Pædagogus, alius Procurator, alius Focarius &c. *l. 5. ff. de ſtat. bom. §. 5. quib. ex cauſ. manum.* Liberorum verò hominum alii ſunt *Ingenui*, alii *Libertini*. Illos dabit

TITULUS IV.

De Ingenuis.

INGENUUS eſt, *qui ſtatim, ùt natus eſt, liber eſt, princ. Inſt. h.* ſeu, qui natus eſt ex fœmina, quæ vel tempore conceptionis, vel partùs, vel intermedio geſtati uteri unicô momentô (quo naſci fingitur) libera fuit, ſive deinde ſit ex duobus ingenuis, ſive libertinis: imò etiam ex patre ſervo, & matre libera, quia partus extra matrimonium ventrem ſequitur *l. 24. ff. de ſtat. bom.* Idque partim, quia mater certa eſt, pater autem incertus; imò de jure nullus, quia jure pater eſt is, quem juſtæ nuptiæ demonſtrant *l. 5. ff. de in jus voc.* partim quia mater pluribûs temporibûs partui prodeſſe poteſt. Exinde colliges, natum ex patre libero, & matre ancilla ſervum eſſe. 1

Neque dicas: natus ex patre nobili Nobilis eſt; eſto mater ſit ignobilis: ergo idem dicendum de libertate, cùm utique non ſit major favor nobilitatis, quàm libertatis. Nam antecedens verum eſt, ſi natus ſit intra matrimonium, qui haud dubiè, ex dictis, patrem ſequitur *l. 19. ff. de ſtat. bom.* non item extra matrimonium. Nati autem ex patre libero, & matre ancilla, vel viciſſim, ſemper erant extra matrimonium, quia hos inter non poterat ſtare matrimonium, ſed erat contubernium.

TITULUS V.

De Libertinis.

LIBERTINI ſunt, *qui ex juſta ſervitute ſunt manumiſſi. princ. Inſt. h.* 1
Dictum fuit ex *juſtâ ſervitute;* qui enim iniquè in ſervitute detentus fuit, eſto manumittatur, manet ingenuus *§. 1. Inſt. de ingen.* ubi

 col-

colligitur, aliud eſſe, *in ſervitute eſſe*, & *eſſe ſervum*: illud indicat ſervitutem injuſtam, ſeu *de facto*, hoc ſervitutem juſtam. Sicut aliud eſt, eſſe in poſſeſſione, & aliud poſſidere. *l. 10. §. 1. ff. de acq. vel amitt. poſſ. Hopp. ad §. 1.* Porrò nomine libertinorum olim veniebant filii manumiſſorum: jure noviori non differunt, niſi relativè, quatenus idem manumiſſus, ſi conſideretur cum ordine ad Ingenuum, dicitur *Libertinus*, ſi cum ordine ad Patronum, nuncupatur *Libertus*. Sic rectè interrogas; cujus (Patroni) es Libertus? non Libertinus. Si quæratur ſimpliciter: qualis ille homo? rectè reſpondes, *Libertinus*: non *Libertus*. *Huber. hic num. 1.* Ex his ſatis conſtat,

2 Quòd manumiſſio, quaſi de manu datio, nil aliud ſit, *quàm datio libertatis, ſeu actus, quo ſervus è domini poteſtate in libertatem dimittitur.* Fiebat multis modis. I. *per cenſum*. II. *per vindictam*. III. *per teſtamentum*. IV. *in Eccleſia*, quæ ſubrogata fuit manumiſſioni per cenſum. V. *per Epiſtolam*. VI. *inter amicos*: de quibus omnibus dabitur ſuo tempore melior differendi occaſio. Modò urgent utiliora. Interim vid. latè *Heinec. Antiquit. Rom. lib. 1. tit. 4. & 5. Hopp. hic.* Nobis ſufficiat notâſſe, non omnes manumiſſos plenam libertatem fuiſſe conſecutos: alii quippe fiebant *Cives Romani*, & his plenaria competebat, libertas. Alii *Latini*, alii *Dedititii*. (a) Latini conſequebantur jura civilia commerciorum, emancipationum, & alia non tamen omnia, quæ Civibus Romanis quà talibus erant propria, ſed cum limitatione: quòd non habuerint jus ſuffragiorum, vel connubiorum, aut teſtamenti factionem; adeòque vivebant ùt liberi, moriebantur ùt ſervi. *Dedititii* omnium commerciorum ita erant incapaces, ut nunquam ad jura Civium Romanorum aſpirare potuerint, ſed ſolo jure (vel potiùs umbrâ) ingenuitatis, ſeu libertatis contenti eſſe debuerint. Vide *Manz ad §. fin. h.* has differentias ſuſtulit Juſtinianus in *l. un. C. de debit. libert. toll. & in l. un. C. de Latin lib. toll.* utrùm benè, cùm dignitas Civium Romanorum abjecta ſervorum manumiſſorum fœce ſummopere fuerit diminuta, dedecorata, & vix non penè ſubverſa, diſquirant, alii. Videamus, quid inſuper libertati obfuerit.

TI-

(a) LATINI de ſe erant quidam populi, qui ſuis legibus relicti, liberíque erant; jura autem Civitatis Romanæ, nimirum patriam poteſtatem, adoptiones, agnationes & alia, ſaltem omnia, de quibus tit. 5. n. 2. non habebant, hinc eorum bona ad patronos jure inteſtati deveniebant. *§. f. de ſucc. libert. l. un. pr. & §. 3. de lat. lib. toll.* Unde ad Latinos miſſi amittebant jura propria Civium Romanorum. DEDITITII erant peregrini qui jam populi, qui cùm in Romanorum fidem conceſſiſſent, & aliquamdiu vectigal ſolviſſent tandem rebelli animo ab eis deſciverunt, poſtea bello à Romanis ſuperati hac ratione in gratiam recepti ſunt, ut imaginaria quadam libertate, ſed infamiæ notâ aſperſa, gauderent, ita ut ad veram libertatem, juráque Civitatis Romanæ nunquam poſſent pervenire, & quia ſe dediderunt, Dedititii fuerunt appellati, *cit. Manz ad §. fin. h. addat. ad §. 3. h. n. 1. & ſeqq.*

Digitized by Google

TITULUS VI.

Quibus ex Cauſis manumittere non licet?

LIbertati contrariabantur duæ leges, nimirum Ælia Sentia, & Fuſia Caninia. 1

LEX ÆLIA SENTIA duo habet capita. *In primo* prohibet, ne manumiſſio fiat in fraudem creditorum, factámque annullat *princ. Inſtitut. h.*

Nec obſtat, quòd alienatio in fraudem creditorum valeat, & tantùm reſcinditur per actionem Paulianum. Nam diſparitas eſt, quòd alienatio reſcindi poſſit; libertas autem ſemel data (licèt perperam) non poſſit retractari *§. 6. h.* debuit igitur ab initio hæc manumiſſio effectu deſtitui. Pro ultimo ſolatio tamen domino debitis gravato, ſeu obærato permiſſum erat, ſervum ſuum hæredem inſtituere, ut hôc modô non bona *defuncti*, ſed *ſervi* ſub haſta venderentur, & ita infamia (facti non juris) non in defunctum dominum, ſed hæredem, qui in compenſationem obtinebat libertatem, redundaret. *§. 1. & 2. h. t. Hub. d. l. num. 3.*

In ſecundo capite prohibet Lex Sentia, ne minor 20. annis aliter manumittat, quàm per vindictam, & cauſis apud conſilium probatis. *§. 4. h.* Ratio hujus prohibitionis fuit, ne domini vernarum, quorum operâ ad amores illicitos utebantur, blanditiis decepti, ſine debita circumſpectione manumitterent. Cauſæ juſtæ manumiſſionis recenſentur in *§. 5. h.* Hæc ætas obſervanda erat in manumiſſionibus per actus inter vivos: per teſtamentum enim fuit ætas 17. annorum definita in *§. 7. h.* & demum 14. uti quoad alias teſtamentarias diſpoſitiones, in *Nov. 119. c. 2. Auth. ſed hodie C. qui manum. non poſſunt.*

TITULUS VII.

De Lege Fuſia Caninia tollenda.

ALtera Lex libertatis inimica eſt LEX FUSIA CANINIA, quæ modum teſtamentariis manumiſſionibus præfixit, ſtatuitque, ut, qui plures, quàm ſervos 10. non haberet, plus parte dimidia non manumitteret, qui ad 30. ne plus tertiâ: qui ad 100. quartâ, qui ad 500. ne plus quintâ: nec unquam plures, quàm 100. quotquot demum haberet teſtator, libertate donaret *Paul. 4. ſent. 14.* Ratio hujus re- 1

ſtrictionis erat nimis effuſa morientium in manumittendo liberalitas, & exinde à ſervili hominum colluvie vilipenſus, atque deturpatus Romanorum Civium honos: hæc omnia, his rationibûs, eſto ponderoſis non obſtantibûs, ſuſtulit Juſtinianus in *§. un. h.* An prudentiùs, quàm Auguſtus, quo imperante lata fuit lex Ælia Sentia, non inquirimus.

TITULUS VIII.

De his, qui ſui, vel alieni Juris ſunt.

1 HOmines alios eſſe ſui, alios alieni juris, docent hactenus dicta. *Sui* autem *juris* ſunt, qui poteſtati neque dominicæ, neque patriæ ſubjecti, quidquid acquirunt, ſibi acquirunt, vel ſui juris faciunt, etſi poteſtati adminiſtratoriæ ſubſint, quales ſunt Pupilli, Minorennes. *Alieni juris* ſunt, qui poteſtati vel dominicæ, vel patriæ ſubjecti, quidquid acquirunt, non ſibi, ſed illi, ſub cujus ſunt poteſtate, acquirunt, ſeu alieni juris faciunt. Hic agitur de iis, qui ſunt ſub poteſtate dominica. Eſt autem

Poteſtas dominica *jus, ſeu facultas, quâ homo hominem ſibi ſubjectum habet præcisè in ſuam utilitatem.* Dicitur notanter *præcisè in ſuam utilitatem*, per quod differt à patria poteſtate, quæ non tantùm utilitatem Patris, ſeu habentis concernit, ſed etiam ipſius filii; dominica autem poteſtas unicè reſpicit utilitatem ipſius habentis ſcilicet domini, nullo modo ſervi. Equidem olim ampliſſima erat dominorum in ſervos poteſtas, cùm habuerint jus vitæ, & necis. *§. 1. h.* quod tamen intellige quoad impunitatem: *Hopp. eod.* Hæc poteſtas fuit reſtricta, ut non liceat Dominis ſine cauſa legibus cognita in ſervos ſuos ultra modum ſævire, ita quidem, ut ex conſtitutione D. Antonini, qui ſine cauſa ſervum ſuum occiderit, non minùs puniri jubeatur, quàm ſi ſervum alienum occiderit. *§. 2. d. t.* Imò nimia dominorum ſævities ulteriùs coërcetur, ut poſſint cogi ad ſervos ſuos bonis conditionibûs vendendos, cui conſtitutioni cauſam dedit nimia aſperitas Julii Sabini, cujus ſervi ad ædes ſacras, vel ſtatuam Principis aſyli ergo confugerant. vid. *d. §. 2.* & ibi *Manz h. tit. num. 6. & ſeqq.* (a) ſit enim quilibet ſuarum rerum moderator, & arbiter, intereſt nihilominus boni publici, ne quis re ſua planè abutatur, juxta illud:

Eſt

(a) Qui tamen per ædem ſacram, de qua ſit mentio in *d. §. 2. h.* pro Deorum templis malè intelligit Eccleſias, cùm ſit reſcriptum Imperatoris infidelis: At quid huic cum Eccleſiis? verba autem Imp. Antonini referuntur ab Ulpiano in *l. 2. ff. h. t.*

Digitized by Google

Eſt modus in rebus; ſunt certi denique fines,
Quos ultra, citráque nequit conſiſtere rectum.

Reliqua huc ſpectantia colligi facilè poſſunt ex hucusque dictis.

Supereſt autem diviſio ſtatûs civilis, ſcilicet *Civitatis.* A quo dividuntur homines in cives, & peregrinos. *Cives*, qui in numerum civium ſunt relati, & ita gaudent juribûs civitatis. *Peregrini*, qui in numerum civium non ſunt relati, & ideo hìs juribûs non gaudent. Requiſita ad conſequenda jura civitatis variant, uti ipſa jura; hinc non juvat immorari. A Statu Familiæ dividitur homo in Patrem-& Filiumfamilias. *Paterfamilias* abſolutè conſideratus eſt homo liber, ſui juris, *Filiusfamilias* eſt homo liber poteſtati patriæ ſubjectus. Dixi, *abſolutè conſideratus*, quo ſenſu etiam infans poteſt eſſe paterfamilias, dum nimirum tam patre, quàm aliis aſcendentibus paternis, adeóque patria poteſtate eſt deſtitutus. Patremfamilias relatè, in ordine ſcilicet ad patriam poteſtatem, explanabit. 2

TITULUS IX.
De Patria Poteſtate.

Patria poteſtas, quæ alibi *nexus*, alibi *vinculum paternum*, multoties *familiæ vinculum*, ſæpiſſimè verò *ſacra paterna* nuncupatur, dupliciter conſiderari poteſt. Abſolutè, & in ſe, vel relatè, & cum ordine ad Rempublicam Romanam. Abſolutè *eſt poteſtas regendi liberos, eorúmque actiones in communem familiæ utilitatem.* Relatè *eſt jus, ſeu facultas ſupremo maſculo competens in filios, & filias, caterósque ex maſculis deſcendentes in ordine ad certos effectus, jure civili introductos.* Definitio patebit ex dicendis. 1

Cauſa efficiens remota eſt jus. Sed quale? Si patria poteſtas conſideretur pro facultate, quæ competit titulo generationis, & prout pater eſt principium filii, ita, ut ejus actiones dirigere poſſit usque ad annos diſcretionis, reducitur *ad Jus Naturæ*; quo ſenſu etiam matri competit, ita tamen, ut in concurſu pater præferatur; ipſa ſiquidem natura injungit tum parentibus, ut curam habeant liberorum, quamdiu ſe ipſos dirigere non poſſunt, aliàs deficeret in neceſſariis, tum liberis, ut parentibus juſta imperantibus obtemperent. *Magnus Hugo Grot. de J. B. & P. lib. 2. cap. 5. n. 1. 2. & 3.* Si autem accipiatur, prout etiam ſe extendit ultra annos diſcretionis, & pro ſtatu, ubi filii ſe ipſos di-

dirigere, & gubernare poſſent, ſpectat *ad jus Gentium:* quatenus ab omnibus ferè gentibus obſervatur, quòd diutiùs, & etiam poſt annos diſcretionis liberi ſubſint directioni parentum: quoad varios, eóſque ſpeciales effectus jure introductos, eſt haud dubiè ad Jus Romanum referenda: nulla enim Natio poteſtati patriæ tantum tribuit, quantum Romana *§. 2. h. Clariſſ. D. Franz p. m. h. n. 3. Hopp. ad §. 2. eod.*

. Cauſa efficiens proxima ſunt modi, quibus introducitur. Introducitur autem tribùs modis. Juſtis Nuptiis, Legitimatione, & Adoptione.

2 Subjectum eſt is, cui competit patria poteſtas, ſeu in quo reſidet. Competere autem ſupremo aſcendentium Maſculo, innuit data ſuperiùs definitio. Dicitur: *Supremo;* unde patet, nepotem vivente avo non eſſe ſub poteſtate patris ſui, ſed avi: ipſe enim pater eſt adhuc ſub poteſtate patria, conſequenter alium ſub eadem poteſtate habere non poteſt *l. 21. ff. ad l. Jul. de adult.* Intelligitur autem aſcendens legitimus, quia, ùt ſæpè inculcatum eſt, pater (idem de aliis aſcendentibus) eſt is, quem juſtæ nuptiæ demonſtrant. Dicitur: *Maſculo.* Nam fœminis patria poteſtas, in ſenſu juris civilis Romani non competit *§. 10. de adopt. §. 3. de hær. qual. & diff.*

3 Objectum ſunt Filii, & Filiæ, cæteríque deſcendentes ex Maſculis in quos omnes patria poteſtas ſe extendit. Dictum fuit notanter: *Cæterique deſcendentes ex Maſculis*, ut indicetur, deſcendentes ex fœmina v. g. ex filia mea non eſſe ſub mea poteſtate: ſed ſub poteſtate patris ſui, ſeu avi paterni. *§. fin. h. t.* qui ita habet: *qui igitur ex te. & uxore tua naſcitur, in tua poteſtate eſt. Item qui ex filio tuo, & uxore ejus naſcitur, id eſt Nepos tuus, & Neptis, æquè in tua ſunt poteſtate, & Pronepos, & Proneptis, & deinceps cæteri, qui autem ex filia tua naſcuntur, in poteſtate tua non ſunt, ſed in patris eorum.*

4 Forma patriæ poteſtatis conſiſtit in differentia, quà ab aliis poteſtatibus ſecernitur: Secernitur autem in eo, quòd reſpiciat utilitatem Patris & filii ſimul. Econtra poteſtas dominica tantùm Domini, & tutoria tantùm pupilli.

5 Effectus patriæ poteſtatis variant: ſi enim conſideretur ſecundùm jus naturæ, operatur, quòd Parentes ea omnia, quæ ad congruam educationem ſpectant, liberis imperare valeant. Examinata verò ſecundùm jus gentium, quaſi Regia eſt: uti enim Rex ſubditos diligit, eorúmque actiones ad communem utilitatem ex amore dirigit, ita Pater, quaſi Rex familiæ, filios amat, curam eorum gerit, iiſque prodeſſe omnibùs modìs ſtudet. *Vinn. ad §. 2. h. num. 1.* In ordine ad jus civile notabiles operatur effectus, ita quidem, ut olim patri in filios jus vitæ, necíſque

(cau-

Digitized by Google

(causâ tamen cognitâ) competiiſſe legatur in *l. ult. C. h. t. l. 11. ff. de lib. & poſth.* Verùm cùm patria poteſtas in pietate, non atrocitate conſiſtere debeat, ùt ait *Marcianus in l. 5. ff. de l. Pomp. de parricid.* iſte rigor meritò ſublatus, & abolitus eſt. *l. un. C. de emend. propinq. l. un. C. de his, qui par. vel lib. ſuos occid.* Modica autem, imò cauſa ita exigente, etiam ſeverior caſtigatio Patri indulgetur in *l. 3. C. h. t.* ibi: *quem, ſi pietatem Patri debitam non agnoſcit, caſtigare jure patriæ poteſtatis non prohiberis, acriore remedio uſurus, ſi in pari contumacia perſeveraverit; eúmque Præſidi provinciæ oblaturus dicturo ſententiam, quam tu quoque dici volueris.* Legi etiam meretur difertus textus *in d. l. un. C. de emend. propinq.* cui conſonant ſacræ paginæ *Deut c. 21. verſ. 18. & ſeq.* ſi tamen Pater lege multò ſit ſeverior, mitius interponet Judex arbitrium. Utrùm autem ex eo, quòd Pater filium caſtigandum obtulerit, Judex mitigare debeat ſententiam, ne Pater videatur filium ſuum neci obtuliſſe, non eſt deciſum. Exemplô quidem præivit *D. Pius. in. l. 13. §. 6. ff. de re milit.* ubi deſertorem militiæ à patre oblatum in deteriorem militiam ob allegatam rationem dari juſſit. Verùm, cùm exempla non ſint menſura legum, ſitque periculoſum admodum, ea, quæ ex gratia Principis emanant, Judicibus tanquam legalem normam venditare, veremur huic conſilio accedere.

Non obſtant verba finalia *cit. lib. 13. §. 6. quod exemplum & in ceteris ſequi nos debere, Meander ſcripſit.* Nam hæc verba intelligenda 6
ſunt de ultimo exemplo *cit. l.* hoc ipſo, quòd textus loquatur in ſingulari. Sanè poterit Pater citra metum incurrendi crimen læſæ Majeſtatis filium in certo privato conclavi includere, quia non ad cuſtodiam, ſed filii emendationem facit. *Carpzov. pract. crim. p. 2. q. 100. num. 30.*

Ad effectum patriæ poteſtatis communiter etiam reducunt facultatem liberos ob nimiam egeſtatem vendendi. *l 2. C. de patr. qui fil. ſuos diſtrax.* Verba legis ita habent: *ſi quis propter nimiam paupertatem, egeſtatémque victûs causâ filium, filiámque ſanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo caſu valente emptor obtinendi ejus ſervitii habeat facultatem &c.* Hic inter alia in dubium vocari ſolet primò:

Utrùm hæc poteſtas ſit reſtringenda ad *ſanguinolentos*, ſeu recens natos (ſanguine materno adhuc rubentes) num verò etiam de adultis intelligenda. Ad ſanguinolentos cum veriori ſententia reſtringit *Hub. Digreſſ. lib. 2. c. 5.* patet deciſio tum ex verbis *d. l. 2. venditione in hoc tantummodo caſu valente.* Caſus autem Conſtantino propoſitus fuit de venditione *recens natorum* ob nimiam egeſtatem inita: tum etiam ex ratione, quæ erat, ut occurreretur periculo expoſitionis: Parentes enim ni-

nimia egeſtate preſſi infantes ſanguinolentos exponere ſolebant (a) expoſiti verò omnî deſtituti ſubſidio perire cogebantur: ut igitur huic malo medelam afferret Imperator Conſtantinus, minus malum elegit, ac venditionem permiſit. Jam cum in adultis ceſſaret periculum expoſitionis, etiam legis diſpoſitionem ceſsâſſe oportuit.

Si exiſtimes, quòd nemo ejusmodi mancipium fuerit empturus: falleris! contrarium enim probant *Integræ Rubricæ in Codice Theodoſiano, de his, qui ſanguinolentos emptos, vel nutriendos acceperunt;* quas utique non dices, fuiſſe de ſubjecto non ſupponente, ſeu caſu non dabili. Nihil etiam evincis, ſi dicas, antiquiori Jurisprudentia etiam adultos fuiſſe ob nimiam paupertatem diſtractos, ùt ſolidiſſimè per exempla oſtendit *Joann. Philipp. Datt. in ſua Diatriba de vendit. lib. c. 3. pag. m. 67. & ſeqq.* ubi patrem diſputantem adducit, quem ex filiis, an ſeniorem, vel juniorem egeſtate preſſus diſtrahere debeat? Nam quidquid ſit de licitidate, vel illicitidate illarum venditionum, planum eſt, fuiſſe ab Imperatore facultatem illam ad ſanguinolentos reſtrictam in *d. l. 2.*

Si dicas, eſſe hanc L. à Triboniano interpolatam, cùm non correſpondeat *l. 1. C. Theod. de his, qui ſanguinol. empt.* (eſt *lib. 5. tit. 8.*) ex qua deſumpta eſt. Transmittimus interpollationem; ſed nec tu negare poteris, leges codicis repetitæ prælectionis, utut à Triboniano interpolatas, fuiſſe univerſim auctoritate legislativa per Juſtinianum firmatas. Plura vide apud citt. Authores.

In dubium vocatur ſecundò, utrùm matri hæc facultas competat? Affirmandum videtur, cùm ſubfuerit idem periculum expoſitionis in utroque Parente, ac eadem ratio egeſtatis, ùt colligere licet ex *l. 1. & 2. Cod. Theod. de alim. quæ inop. Parent de publ. pet. debent.*

Dices hanc facultatem emanare ex patria poteſtate. Reſpondetur potiùs emanare ex neceſſitate, ut evitentur nimirum expoſitiones, & exinde orta quaſi parricidia, cùm negare alimenta ſit necare. Sed ſatis ſit de hac materia, cujus Superi avertant uſum.

7 Effectus patriæ poteſtatis non minùs notabilis eſt, quòd poſſit Pater filiam in adulterio deprehenſam impunè occidere, ſi hæc requiſita accedant. I. Ut ſit *Pater*, non Avus. II. Ut ſit ſuæ poteſtatis, adeóque non ampliùs in ſacris paternis. III. Ut in continenti, & IV. domi ſuæ

(a) Si non jure ſaltem impunè, uti ſatis colligitur ex *l. 29. ff. de manum. teſtam: l. 16. C. de Nupt.* Erátque mos talis: editos infantes in terram ſtatuebant, eósque parentes, ſi educare vellent, tollebant, quo facto alendi ſuſcipiebantur: unde notiſſima locutio: TOLLERE LIBEROS. *l. 6. §. 2. ff. de jur. patr. l. 91. ff. de A. v. A. H.* quos tollere ſeu alere patres nolebant, exponebantur, donec in *l. 2. C. de inf. expoſ. & l. 1. C. de patr. qui fil. diſtr.* fuerit prohibitum. Ita *Huber. Digreſſ. 2. c. 5.* Et nos fuſiùs *Diſſ. Acad. ad Lib. 1. Pand. tit. 5. & 6. n. 7. & 8.*

Digitized by Google

ſuæ, vel in domo generi. V. Ut filiam unà cum adultero interficiat *vid. l. 20. 21. 22. & 23. §. 4. ff. ad l. Jul. de adult.*

Quæres, utrùm hæ leges ſint juſtæ? Sunt, qui eas iniquitatis arguunt. Nobis autem ſedet major in leges Romanas reverentia, quàm ut hoc aſſerere poſſimus: ſiquidem illarum finis non fuit reddere parricidam ſecurum in foro conſcientiæ, ſeu hoc facinus approbare, ſed præcisè indulgere juſto dolori, & hanc cædem in illo motu, ùt ajunt, primò primo patratam, impunè tolerare; quòd utique ex cauſa rationabili facere potuerunt; multa enim, & alia mala impunè tolerantur.

Dices: dant jus occidendi, ùt patet ex ipſis textibus. Reſpondetur dari jus impunè occidendi, non item licitè, & juſtè.

Ais fortè: hoc eſt torquere leges; ſit hoc: malumus illas quodammodo torquere, quàm omninò vel ſubvertere, vel iniquitatis incuſare. Pari ratione dicitur in *§. 1. Inſt. de his, qui ſui, vel alien. jur.* fuiſſe dominis in ſervos *vitæ, neciſque poteſtatem*; quod utique intelligendum de impunitate, non de juſtitia, cùm vita hoc ipſo, quòd iis utamur, jam condonata videatur *arg. §. 3. de jur. perſ. Hopp. ad d. §. 1. de his, qui ſui vel alien. jur.* Reliqui effectus patriæ poteſtatis, quòd nimirùm I. quidquid filius acquirit, patri acquirat. II. Quòd pater poſſit filio impuberi tutorem dare. III. pupillariter ſubſtituere. IV. injuriam eidem illatam remittere: illum V. à quocunque poſſeſſore vindicare; Jam occurrent ſuis propriis locis, & ſedibus.

TITULUS X.

De Nuptiis.

Aſſignavimus ſuperiùs tres modos inducendi patriam poteſtatem, de quibus ordine agendum. Primus modus ſunt nuptiæ, quas tamen præcedere ſolent ſponſalia.

Diximus *ſolent*; abſolutè enim loquendo non ſunt quoad liciditatem, multò minùs quoad valorem matrimonii, neceſſariò præmittenda: cùm poſſint partes ſtatim in ipſum matrimonium conſentire *arg. c. 9. de ſponſal.* (a) & licèt videantur neceſſaria, ſaltem, ùt poſſint præmitti denuntiationes; hoc tamen eſt etiam tantùm de via ordinaria, cùm, vel in denuntiationibus poſſit fieri diſpenſatio, vel ad illas præmittendas ſufficiat qualiſcunque mentio matrimonii contrahendi, aut nuda inter-

N ro-

(a) Caſum prudentem expoſcis? Damus prudentiſſimum & faciliſſimum; ſi matrimonium ſit contrahendum in articulo mortis ad legitimandam prolem.

rogatio ab alterutra parte facta, quæ interrogatio ad ſponſalia non ſufficit, uti mox docebit.

PARS I.

De Sponſalibus.

§. I.

De Quidditate, Cauſa Efficiente, & Objecto Sponſalium.

1 SPonſalia nomen trahunt à ſpondendo: nam, ùt loquitur Gellius *lib. 4. c. 4. qui uxorem ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, ſtipulabatur eam in matrimonium ductum iri, qui daturus erat, itidem ſpondebat daturum: is contractus ſtipulationum, ſponſionúmque dicebatur ſponſalia, tunc quæ promiſſa erat, ſponſa appellabatur, ſpoſponderat ducturum, ſponſus.* quò ſpectat *l. 2. ff. h. tit.*

Sumuntur *latiſſimè* pro arrhis, ſeu muneribus à ſponſo ſponſæ oblatis *l. 5. C. d. t. ſtrictè* pro ſponſalibus de præſenti, ſeu pro matrimonio rato *c. 13. de præſumpt. c. 2. & ult. de ſponſ. duor. & ſtrictiſſimè* pro ſponſalibus de futuro *c. 31. h. t.* In qua acceptatione Canonica, & Catholica (aliter enim Acatholici, qui per ſponſalia de futuro pleruṁque intelligunt ſponſalia conditionata. *Vid. Hopp. h. ad §. 1. verſ. cæterum*)

Definiri poſſunt cum Florentino in *l. 1. ff. d. t. quòd ſint mentio* (id eſt promiſſio) *& repromiſſio futurarum nuptiarum.* ſeu *eſt conventio, qua mas, & fœmina ſibi invicem promittunt matrimonium.* Dicitur notanter *conventio*, quâ particulâ indicare volumus ſponſalia ſolo conſenſu perfici. *l. 4. ff. d. t.* ibi Ulpianus: *ſufficit nudus conſenſus ad conſtituenda ſponſalia*, cui conſonat *c. 23. eod.* Reliqua de ſe plana ſunt.

2 Cauſa efficiens remota eſt jus Gentium, quatenus jam ante Jus Romanum ſponſalia fuerunt inventa, & uſu recepta, ùt probat *Clariſſ. DD. Franz p. m. h. num. 3.* Proxima eſt vel principalis, vel inſtrumentalis. Principalis ſunt illi, qui nomine proprio contrahunt, ſeu ſponſi. Inſtrumentalis ſunt Procuratores, qui nomine alieno contrahunt. Poſſunt autem ſponſalia contrahere, qui non prohibentur. Eſt igitur edictum de contrahendis ſponſalibus prohibitorium. *Edictum* autem *prohibitorium* illud dicitur, quod omnia permittit, quæ expreſsè non prohibet. *c. 23. h. tit. l. 43. §. 1. ff. de procurat. P. Reiffenſt. de reſcript. §. 2. num. 35.* & econtra *Edictum permiſſorium* illud eſt, quod omnia prohibet,

quæ

Digitized by Google

quæ in ſpecie non permittit, adeóque obtinet in materia regulariter prohibita, qualis eſt alienatio rerum Eccleſiaſticarum. Sponſalia contrahere prohibentur alii ob defectum uſûs rationis: Alii ob integritatem ſenſuum: Alii ob aliud impedimentum. Ob defectum uſûs rationis prohibentur *Infantes* naturaliter tales. *Furioſi, Mente capti, Ebrii ebrietate perfecta, Dormientes*, ita, ut etiamſi quis habuerit propoſitum contrahendi cum Titia ſponſalia, & in ſomno, vel ebrietate perfecta (quæ inducit mentis exilium) contrahat, non valeant, quia non ſufficit propoſitum, uti ad peccatum, quod eſt de genere mali, ſed requiritur actualis, & deliberata promiſſio.

Nec obſtat paritas, quòd valeat Baptiſmus dormienti collatus. Si propoſitum præceſſerit: Nam in Baptiſmo ſe habet ùt patiens, conſequenter ſufficit conſenſus virtualis; in ſponſalibus verò ſe habet ùt agens, adeóque opus eſt conſenſu actuali. *Magnif. P. Schmier lib. 4. tr. 1. c. 2. n. 7. & ſeqq.* Diximus ſupra, prohiberi infantes naturaliter tales, ſcilicet, qui non habent uſum rationis. Quid autem, ſi ſit tantùm *civiliter* infans, hoc eſt, ſi nondum implevit ſeptennium, ſed tamen habeat uſum rationis, adeóque ſi malitia præveniat ætatem; num ſponſalia ante ſeptennium contracta valebunt?

Negativum cum aliis tuentur *Laud. Magnif. d. l. 4. tr. 3. c. 2. n. 19. P. Engel de deſponſ. impub. §. 1. n. 2.* Eorum rationes potiſſimùm ſunt 3

Primò, quòd in *cap. 4. & 5. de deſponſ. impub. item in l. 14. ff. h. t.* ſponſalia ante ſeptennium contracta abſolutè, & ſine ullo reſpectu, an habuerit uſum rationis, nec ne? pronuncientur nulla, conſequenter Legislatores abſolutè ætatem, & non uſum rationis reſpexerunt, aliàs potiùs requiſiviſſent uſum rationis, ſicut in matrimonio non tam ætatem, quàm potentiam generandi adeſſe volunt. *cap. 3. d. t.* Confirmatur ex eo, quòd, quando jura ætatem præſcribunt, debeat illa ad amuſſim obſervari, uti videmus in profeſſione Religioſa, factione teſtamenti, cæteriſque contractibus: nec attenditur, utrùm malitia, ſeu uſus rationis ætatem præveniat. *Secundò*, quòd lex in præſumptione generali fundata ſemper obliget, etſi ceſſet pro uno, vel alio caſu particulari ratio legis, in qua fundatur, uti patet de matrimonio clandeſtino, quod nunquam valet, eſto pro uno, vel alio caſu ceſſaret ratio Tridentinæ Synodi: lex autem, quæ prohibet ſponſalia ante ſeptennium, eſt haud dubiè in præſumptione generali, ſeu communi periculo, quòd deficiat ſufficiens uſus rationis, fundata. *Tertiò* arguunt: utique non ignoravit S. Pontifex, à quibuſdam pueris citiùs, à quibuſdam tardiùs uſum rationis attingi, cùm igitur hujus inæqualitatis optimè conſcius ſeptennium præſcripſerit, voluit illud abſolutè obſervari ſine alio reſpectu,

an prævenerit uſus rationis, vel non: cùm aliunde difficile foret diſcernere, an habuerit hunc uſum, nec ne?

Affirmativam defendunt *Gonzalez ad cap. 5. d. t. n. 4. P. Reiffenſt. ibid. num. 4.* quibus & nos accedimus, unica, ſed efficaci ratione ſuffulti. Siquidem ſtando in jure naturali certum eſt, ejusmodi ſponſalia valere: Jus enim poſitivum non alia ex cauſa ſeptennium requirit, niſi quòd præſumat, non priùs adeſſe uſum rationis: conſequenter, ſi priùs adſit, ſe conformat juri naturali, quod nihil aliud requirit, quàm ſufficientem rationis uſum. Accedit paritas de matrimonio, ubi attenditur primariò potentia generandi, & ætas 14. annorum quoad maſculos, & 12. quoad fœminas in *c. 3. 6. & 11. de deſponſ. impub.* determinata, ſeu præſcripta, tantùm ex præſumptione reſpicitur *c. 9. eod.* ergo etiam hic primariò reſpicitur conſenſus, & ſeptennium tantùm ex præſumptione, à qua præveniente uſu rationis receditur, ſicut in matrimonio præmaturante potentiâ generandi: quod argumentum eò efficaciùs urget, quò certius eſt, agi de majori præjudicio contrahentium in matrimonio, cùm ſit irreſcindibile, quàm in ſponſalibus, quæ facilè, præſertim ab impuberibus contracta, poſſunt reſcindi, imò partes pro lubitu, facta pubertate, reſilire. Quòd autem jus poſitivum à jure naturali nullatenus receſſerit, patebit ex reſponſionibus ad fundamenta contraria: ſiquidem

Ad I. *citt. tt.* fundantur in præſumptione, quòd non adfuerit uſus rationis: id quod in *d. c. 4.* eò evidentiùs relucet, quò clariùs loquitur de caſu, ubi quis puellam *in cunabilis deſponſavit.* paulò poſt: *cùm deſponſationes hujusmodi nullæ ſint, NB. quæ in cunabulis* (ubi conſenſus erat impoſſibilis) *fiunt.* Et quamvis poſtea dicat Pontifex, quòd adveniente ſeptennio cenſeantur confirmata, eſt & hoc etiam ex præſumptione, quòd antea non habuerit ſufficientem rationis uſum. Sanè ſi caſus fuiſſet Pontifici propoſitus, quòd puella ante ſeptennium uſu rationis prædita fuiſſet, conſequenter ſponſalia in cunabulis contracta poſtea ratificâſſet, haud dubiè aliter reſpondiſſet, & nullo modo receſſiſſet à diſpoſitione juris naturalis. Neque plus evincit *d. c. 5.* quod pariter ſupponit, non adfuiſſe uſum rationis; & propterea defeciſſe conſenſum: hinc non ſine ratione Pontifex ait: *quia deſponſationes, & matrimonia ante ſeptem annos fieri non poſſunt, NB. ſi conſenſus poſtea non accedat,* ubi manifeſtè ſupponit, conſenſum priùs non adfuiſſe, aliàs, ſi præceſſiſſet conſenſus aliquis, ſaltem naturalis, Legiſlator non uteretur verbò *accedat,* ſed *ratificetur, confirmetur &c. L. 14.* ſimiliter plus non exigit, quàm *ut ab utraque perſona id fieri intelligatur.* Præſumuntur autem regu-

lari-

lariter intelligere partes, ſi non ſint minores, quàm ſeptem annis. Unde ad confirmationem negatur rurſus ſuppoſitum, jura ad ſponſalia abſolutè exigere ſeptennium, ſicut ad profeſſionem, & teſtamenti factionem, certam ætatem exigunt. Diſparitas quippe lata eſt, quia profeſſio religioſa poſt ſui valorem eſt irreſcindibilis; teſtamenti factio itidem valde periculoſa, cùm poſſet gravè præjudicium inferre agnatis (a): hinc meritò abſolutè exigitur ætas determinata, quæ rationes in ſponſalibus ab impuberibus contractis non militant, hoc ipſo, quòd contrahentes adveniente pubertate poſſint reſilire *c. 7. & 8. de deſp. impub.* niſi tacitè vel expreſsè confirmaverint, de quo vid. *Clariſſ. P. Colleg. Böckhn d. t. n. 12. & 13.* Ex hac ratione

Ad II. negatur, textus, qui ſeptennium in ſponſalibus præſcribunt, fundari in præſumptione generali, ſeu communi periculo: Non enim ex valore hujuſmodi ſponſalium tam grave præjudicium naſcitur, ut ſubſit aliquod commune periculum ad talem præſumptionem ſufficiens, dum, ùt dictum, facta pubertate poſſunt reſilire. Neque enim omnis lex, quæ fundatur in qualicunque communi periculo, dici poteſt in præſumptione generali fundata; aliàs omnes leges fundarentur in communi periculo, & conſequenter in præſumptione generali, adeóque ſemper obligarent, eſto ceſſet pro hoc, vel illo caſu periculum: nam omnis lex fertur de iis, quæ frequentiùs accidunt, & ad promovendum bonum publicum. Inde fluit, quòd, etſi publicè citatus generaliter præſumatur contumax, tamen, ſi velit probare contrarium, ſit audiendus *cap. 18. de ſent. & re jud.* item quòd, etſi judicialiter ante litem conteſtatam confeſſus habeatur pro judicato, quia præſumitur conſultò, & præmeditatè fuiſſe confeſſus *l. 36. ff. de re jud. l. 3. ff. de confeſſ.* poſſit nihilominus errore probato confeſſio retractari. *cap. ult. de confeſſ.* debet itaque periculum eſſe evidens, proximum & immediatum, ſicut in matrimonio clandeſtino, in profeſſione religioſa &c. quod certè in ſponſalibus non ſubeſt. Eodem modo proportionaliter occurritur

Ad III. quod ipſum tantùm probat, S. Pontificem reſpexiſſe illud, quod frequentiùs fit: frequentiùs autem uſus rationis completô ſeptenniô advenire ſolet: & ideo ſeptennium pro regula præſcripſit, ſed tamen non abſolutè, ſed ex præſumptione quadam ordinaria, & communiori. Unde non diffitemur, ſponſalia ante ſeptennium contracta præſumi invalida, donec probetur, adfuiſſe uſum rationis; quòd ſi probari non poſſet, non jus, ſed factum deficit *arg. l. 30. de teſtam. tut.* & è contrario, ſi ſint poſt ſeptennium contracta, præſumentur valida, niſi probetur, defeciſſe uſum rationis. Adeóque in tantum fuit ætas de-

(a) *Vid. notabilis textus in l. fin. C. de teſtam. milit.*

terminata, ut habeatur regula quædam ordinaria, ſecundùm quam regulariter erit judicandum. (a)

4 Ob defectum integritatis ſenſuum non poſſunt ſponſalia contrahere *Muti, Surdi, & Cæci* ſimul, quia non poſſunt manifeſtare conſenſum. *vid. Stryck. de jur. ſenſ. diſſ. 4. c. 2. n. 13.* Aliud foret, ſi cæcus, & mutus tantùm, non item ſurdus eſſet, cùm hic ſaltem poſſit audire, & edoceri de qualitate perſonæ, cum qua contrahit; ubi, eſto, ſubſit periculum deceptionis, ſi Megæra pro Venere deſcribatur, ſponſalia tamen erunt valida, cùm error qualitatis ſponſalibus non obſit. *c. un. cauſ. 29. q. 1.* Idem dicendum de *Muto, & Surdo c. 23. h. t.* quia verba non ſunt de neceſſitate, ſed tantùm, ùt manifeſtativa conſenſûs, qui aliis ſignis patefieri poteſt.

5 Ob aliud impedimentum contrahere prohibentur, qui impedimento perpetuo vel impediente, vel dirimente laborant; ùt ſi conſanguineus, ſi voto caſtitatis perpetuæ obſtrictus ſit. Ubi notandum, quòd impedimentum impediens matrimonium ſit reſpectu ſponſalium dirimens, cùm ſponſalia non poſſint obligare ad aliquid illicitum; obligarent autem ad matrimonium cum impedimento impediente contrahendum, quod eſt illicitum. Dictum fuit, *qui impedimento perpetuo; ſi* enim ſubſuit tantùm impedimentum temporale, & fuerint reſtricta ad tempus habile, nimirum ceſſantis impedimenti (quod in dubio præſumitur) valent. *arg. l. 10. ff. de his, qui not. infam.*

Quid ſi impediti contraxerint ſub conditione, ſi Superior in impedimento diſpenſaverit: Reſpondetur, valere, ſi ſubſit tale impedimentum, ubi poteſt, & ſolet fieri diſpenſatio. Ita contra alios *Magnif. P. Schmier. d. l. 4. tr. 1. c. 2. n. 29.* quia eſt conditio honeſta; & inſuper valet inſtitutio ſpurii ſub conditione: *ſi Princeps illum legitimaverit. arg. l. 62. pr. ff. de hered. inſt.*

Nec

(a) His ſtantibus, inquis, vix à manifeſta contradictione abſolvemur, ſi reſpiciantur quæ à nobis tradita ſunt infra *lib. 3. tit. 10. part. 2. ſect. 2. §. 2. n. 36. verſ. Jure poſitivo.* Diximus ibi generaliter, infantes non poſſe contrahere, eſto judicium ætatem ſuppleat, cùm ſit præſumptio generalis, quòd ante ſeptennium non habeant uſum rationis; hinc, quamvis hæc ratio pro uno, vel altero caſu ceſſet, nihilominus manet impoſſibilitas ad contrahendum. Qui iſthæc ſibi cohærent? Optimè, ſi genuinè, quæ dicimus, interpretari placuerit. Loquebamur ibi de contractibus, qui legibus civilibus regulantur, & ubi opus eſt authoritate tutoris, uti legenti patebit: Hic ſermo eſt de contractu, qui principaliter regulatur legibus naturalibus, & ubi ſufficit conſenſus naturalis (quem etiam infans tantùm civiliter talis juxta ibid. dicta ponere poteſt) nullaque opus eſt tutoris authoritate, conſequenter ab hoc ad illos nunquam erit bona paritas; Et uti hanc criſim, dum illa ſcribebamus, jam prævidimus, ita & tu, Lector Benevole! eo faciliùs à contradictione abſolves, quo notius eſt, contradictionem debere verſari circa idem de eodem ſecundum idem.

Digitized by Google

Nec officit, quòd non valeat promiſſio rei ſacræ ſub conditione; *ſi fuerit profanata*, vel hominis liberi, *ſi fuerit factus ſervus. l. 83. §. 5. l. 137. §. 6. ff. de V. O.* quia ejusmodi conditiones, eſto, de ſe ſint poſſibiles, quoniam tamen odioſæ ſunt, habentur pro impoſſibilibus & ideo vitiant ſtipulationem.

Quæres, quid parentes poſſint circa ſponſalia liberorum? ſunt, qui docent, poſſe Parentes utriusque ſexûs contrahere ſponſalia pro liberis impuberibus, ita, ut illis, durante ſaltem impubertate, ſtare debeant. Sed rectiùs negat hanc facultatem ſuprà *Laud. Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn de deſponſ. impub. §. 3. n. 42. & ſeqq.* Ob textus apertos in *c. un. cauſ. 30. quæſt. 2. & c. un. de deſponſ. impub. in 6.* in quorum priori inquit Nicolaus Papa: *ubi non eſt conſenſus utriusque: non eſt conjugium: ergo qui pueris dant puellas in cunabulis; & è converſo NB. nihil faciunt, niſi uterque puerorum, poſtquam venerit ad annos diſcretionis, conſentiat, etiamſi Pater & Mater hoc voluerint, & fecerint.* Idem habetur in *cap. un. pr. & §. 2. in fin. de deſponſ. impub. in 6.* 6

Obſtat è diametro *c. 1. de deſponſ. impub.* cujus formalia ita ſonant: *poteſt autem filium nondum adultum (voluntas cujus diſcerni non poteſt) Pater, cui vult, matrimonio tradere, & poſtquam filius pervenerit ad perfectam ætatem, omninò debet hoc adimplere:* quid prægnantius! Verùm hunc textum cum *cit. Clariſſ. P. Coll.* ita capimus, *poteſt Pater filium nondum adultum, cui vult matrimonio tradere* (id eſt DESTINARE; contractus enim verè matrimonialis certè eſt impoſſibilis, atque ſi deſit periculum, pro magis conciliando amore ad cohabitandum extradere) *& ſi venerit ad perfectam ætatem* (ſuppoſitô quòd permanendo in cohabitatione conſenſum paternum ipſo facto ratificaverit) *omninò debet hoc adimplere.*

Quid ſi Parentes contrahunt pro liberis præſentibus & tacentibus? Reſpondetur eſſe ſponſalia præſumptivè talia, id eſt, præſumuntur liberi conſenſiſſe *c. un. §. 2. de deſponſ. impub. in 6.* quia, qui tacet, conſentire videtur. *c. 43. de R. J. in 6.* ſi tamen vellent probare, ſe non conſenſiſſe, ſed fortè tantùm ex timore, vel reverentia tacuiſſe, debent audiri, quia ad ſponſalia requiritur conſenſus verus, & qui tacet, non ſemper conſentit *c. 44. d. t.*

Interrogas, num ad ſponſalia requiratur conſenſus Parentum? Reſpondetur juxta SS. Canones, quibus in hac materia ſtandum, negativè. Ita colligitur *ex cap. 2. cauſ. 27. quæſt. 2. c. 13 23 & 25 de ſponſ.* ubi ſufficit ſolus conſenſus contrahentium. (a) conſul. *Clariſſ. D. P. Bened.*

(a) Et luculentiùs id exprimitur *in Trid. Seſſ. 14. de Reformat. c. 1.* ubi contrarium aſſerentes anathemate percelluntur.

ned. Schmler ad h. tit. num. 12. Huic ſententiæ non contrariatur *cap. 1. c. 30. q. 5.* ubi inter alia requiſita etiam numeratur conſenſus Parentum, ac matrimonia aliter contracta vocantur illegitima, imò adulteria, fornicationes, ſtupra: eadem habentur *in c. 3. & 4. d. cauſ. & q.* Reſpondetur enim tantùm vocari matrimonia illegitima, id eſt, *inſolennia*, quatenus non accedunt omnes ſolennitates à jure præſcriptæ v. g. ſolennis eductio, dos, vel inſtrumenta dotalia &c. quæ tamen non ſunt de neceſſitate: non item *illicita.* Adulteria verò dicuntur, vel ſtupra, ſi defuerit conſenſus contrahentium, uti patet ex verbis finalibus *cit. c. 1.* Profectò ſi omnia illa ſunt de neceſſitate, quæ ibi recenſentur, rariſſimè tum olim, tum hodie, præſertim inter perſonas plebejas, viſa erunt matrimonia licita; ibi enim etiam requiruntur Paranymphi, aliæque cæremoniæ, de quibus ſæpiſſimè contrahentes non cogitant: Interim tamen conſilium Parentum in re tam gravi à liberis non eſt negligendum; uti eruitur *ex cap. 4. c. 30. q. 5. & c. 13. c. 32. q. 2.* differt autem conſilium à conſenſu, quòd hunc debeamus ſequi, non etiam illud *P. Reiffenſt. h. tit. n. 25. & 26.*

7 Cauſa efficiens ſponſalium inſtrumentalis, ùt dictum, ſunt procuratores, qui debent eſſe inſtructi ſpeciali mandato ad contrahenda ſponſalia, nec ſufficit generale *cum libera:* debet eſſe directum ad determinatam perſonam, & non eſſe revocatum: ac demum ab ipſo Procuratore executioni eſſe datum. *cap. ult. de Procurat. in 6.*

8 Objectum ſponſalium eſt matrimonium cum certa, & determinata perſona contrahendum. Sponſalia enim unicè ad matrimonium collimant: *Matrimonium* nempe *validum*, & *licitum:* ſi enim ſit invalidum, etiam ejus promiſſio erit invalida. *Licitum*, quia ad illicita non datur obligatio *cap. ult. de pact. Cum certa, & determinata perſona.* Unde non ſunt ſponſalia, ſi quis pluribus puellis repromittentibus matrimonium promittat. *c. un. h. t. in 6.* Ita, ut ex probabiliori, neque teneatur unam ex illis eligere, ſicut enim puellis repromittentibus non conceditur jus eligendi, ita neque concedi poteſt promittenti, quia ſponſalia ſunt contractus bilateralis æqualiter obligans, & jus tribuens ex utraque parte. Vide tamen *Magnif. P. König h. t. n. 14.* ubi limitat, ſi hæc promiſſio poſſit per adjectam circumſtantiam determinari.

Ulteriùs controvertitur, utrùm ſint ſponſalia, ſi quis dicat: *non ducam aliam, niſi te: nullum aliam ducam, quàm te, præter te non ducam aliam &c.*

Verior nobis ſententia eſt abſolutè loquendo, non eſſe ſponſalia. *Laud. Clariſſ. D. P. Bened. Schmier. l. cit. num. 21.* Ratio fundamentalis eſt, quia ejusmodi propoſitiones ſunt negativæ, adeóque excludunt potiùs,

tiùs, quàm important matrimonium; vel ad ſummum faciunt promiſſionem conditionatam, ùt ſit iſte ſenſus: *Non ducam uxorem, ſi tamen ducam, te ducam.* Ita, ut tunc primùm poſſit cogi, ſi aliquam vellet ducere. Huc facit textus in *l. 21. §. 5. ff. de A. E. V.* ubi, ſi quis dixerit: *Non vendam domum meam alteri, quam tibi;* non priùs mihi datur actio, quàm ſi alteri vendere intendat. Accedit, quòd verba iſta ſunt ambigua, & in dubio jura proniora ad ſolvendum, quàm ligandum. *l. 47. ff. de O. & A.*

Dices: ſimiles enunciationes affirmativè ſunt reſolvendæ, ut ſenſus ſit: *te ducam, non aliam;* ſicut, quando Judæi dixerunt ad Chriſtum Dominum: *Non habemus Regem, niſi Cæſarem,* erat hic ſenſus: *Cæſarem habemus, non alium.* Reſpondetur cum *Magnif. P. Schmier d. l. c. 3. n. 12. & 13.* negando paritatem, quia hæc propoſitio eſt de præſenti concepta, adeoque ſenſum conditionatum non recipit, cùm præſens tempus ſuſpendi non poſſit. Noſtræ propoſitiones verò ſunt de futuro, quæ de ſe quidem eſſent abſolutæ, niſi per illas particulas exceptivas, *niſi, quàm, præter,* limitarentur, ac in conditionatas reſolverentur. Certè ſi Judæi dixiſſent: *Non habebimus Regem, niſi Cæſarem,* ſenſus hic fuiſſet: *Non habebimus Regem, ſi tamen habebimus, Cæſarem habebimus, non Chriſtum.* Hæc pro foro externo: non enim abnuimus, potuiſſe talem habere animum ſerium illam ducendi, & ita in foro poli obſtringi; imò & in foro fori, ſi ex circumſtantiis promiſſio abſoluta colligi poſſit, fortè, quòd fuerit ſecuta defloratio, ùt limitat *P. Reiffenſt. h. t. num. 33.*

§. II.

De Forma, Effectu, & Contrariis Sponſalium.

FOrma Sponſalium alia eſt ſubſtantialis, alia accidentalis. Subſtantialis, uti patet ex definitione, conſiſtit in promiſſione, & repromiſſione ſeria, vera, ac ſignis exterioribûs manifeſtata de matrimonio contrahendo. Dicitur in *promiſſione,* quia non ſufficit ſolum propoſitum etiam alteri parti manifeſtatum. vid. deſuper *Magnif. P. König h. n. 29.* Dicitur & *repromiſſione,* cùm ad ſponſalia non ſufficiat ſola acceptatio. Equidem ſponſalia ſunt contractus bilateralis, utrumque obligans: ſola acceptatio autem tantùm obligaret promittentem; nam acceptans non ſe, ſed tantùm alterum ſibi obligat. Hic 9

Rogas, utrùm in ſimili caſu, quo puella acceptat tantùm meam promiſſionem, nec repromittit, ego ſaltem non ſim obligatus? Reſpondetur regulariter negativè, quia nemo præſumitur, in dubio ſe velle gra-

tuitè obligare, ſed ſponſalitiè, ita, ut etiam pars altera viciſſim obligetur. Dixi *regulariter.* Secus enim dicendum, ſi aliunde conſtet, promittentem ſe voluiſſe gratuitè obligare.

Quid, ſi puella ad promiſſionem meam taceat? Reſpondetur non eſſe ſponſalia, quia deficit repromiſſio. Verùm

Dices; qui tacet, conſentire videtur. *cap. 43. de R. J. in 6.* Ita eſt, conſentit in promiſſionem, de qua hìc & nunc agitur; non item in repromiſſionem, de qua hactenus nihil actum ſupponimus: Vel etiam dici poteſt; qui tacet conſentire videtur, in quantum agitur de ſui favore; non autem, ſi agatur de tacentis obligatione inducenda: nec enim, qui tacet, ſemper conſentit *cap. 44. eod.* ibi: *Qui tacet, non fatetur, ſed nec utique negare videtur.* Dicitur *ſeria, ac vera*, non jocoſa, ſeu ſimulata, quia ſponſalia ſunt verus contractus, requirens conſenſum phyſicum & naturalem. Cave tamen, mi Juvenis, ab ejusmodi jocis, quia, ut non pauci infelici ſucceſſu experti ſunt, in foro externo in negotio tam gravi nemo jocari, vel dixiſſe, quod mente non cogitavit, præſumitur *arg. l. 7. §. 1. ff. de ſupell. leg.* indignum inſuper videtur, quòd ſua quisque voce dilucidè proteſtatus eſt, id in eundem caſum infirmare, proprióque teſtimonio reſiſtere *l. 13. C. de non num. pec.*

10 Magnô hìc partium ſtudiô diſputatur, utrùm, ſi quis ficta matrimonii promiſſione eblanditus fuerit à puella, aliàs renitente, uſum corporis, teneatur illam ducere? Ex hac promiſſione non conſurgere ſponſalia, conſtat ex dictis. Tenent tamen communiter, obligari ex contractu innominato, qui hic eſt *Concedo tibi uſum corporis, ut me ducas;* quatenus deceptor acceptando uſum corporis à puella, tacitè cenſetur in matrimonium conſentire: ſiquidem illa non aliter concedit, quàm ſub annexo onere illam ducendi; hinc ſeductor non potuit acceptare uſum corporis, niſi ſub annexa conditione, ſeu onere illam ducendi. Verùm præplacet ſententia *Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn h. t. num. 28.* teneri defloratorem ex præcepto Eccleſiaſtico, & vi juſtitiæ commutativæ, non vi contractûs innominati. *Ex præcepto Eccleſiaſtico*, quod habetur *in cap. 1. de adult. & ſtup.* ibi: *Si ſeduxerit quis virginem, dormieritque cum ea, dotabit eam, & habebit uxorem. Vi juſtitiæ commutativæ*, quæ dictat, & vult, ut, quod mihi offertur ſub onere, ſeu modo, vel non acceptetur, vel acceptetur cum annexo onere, ne aliàs reſultet iniquitas, ſeu inæqualitas. *Non vi contractûs innominati.* Nam ad omnem contractum, conſequenter etiam ad innominatum, requiritur conſenſus verus: atqui in hypotheſi deficit, ùt ſupponimus, conſenſus; cùm ille à parte rei, & verè etiam in actuali corporis uſu ſemper potuerit (eſto illicitè ac peſſimè) eſſe proteſtatus contra conditionem ineun-

Digitized by Google

undi matrimonium, adeóque revera nunquam poſuiſſe conſenſum. Nec enim acceptatio uſûs corporis cum onere ducendi eſſentialiter conſenſum acceptantis infert.

Dices: acceptando uſum corporis ſub matrimonii conditione oblatum ipſo facto in matrimonium conſentit, cùm aliàs non deberet, nec poſſet acceptare. Reſpondetur hoc argumento tantùm probari, quòd debuiſſet in matrimonium conſentire, non autem, quòd actu conſenſerit: potuit enim, uti dictum (quamvis perfidè) diſſentire.

Multùm autem intereſt, ùt ſolidè more ſolito advertit *Laud. Colendiſſ. P. Collega*, utrùm vi contractûs innominati, vel ex juſtitia commutativa, & vi præcepti teneatur. Si prius, quia ob præſtitum conſenſum ille contractus in ſponſalia incidit, oritur impedimentum publicæ honeſtatis, non item, ſi poſterius aſſeratur (a), quia tantùm obſtringitur ad verum conſenſum ponendum, & implendam conditionem. Quod tamen limitandum I. Si puella ſimulatum conſenſum facilè animadvertere potuerit. II. Si ipſa procum deceperit ſe jactando virginem, cùm non fuerit. III. Si ex matrimonio gravia ſcandala, aut mali exitus timendi.

Quid, ſi ſeduxerit ſine prævia promiſſione matrimonii? Communis eſt doctrina, teneri corruptorem dotare, vel ducere, electione tamen manente penes corruptam, quia, ſi puellæ matrimonium non foret hic & nunc proficuum, corruptor evadere poſſet omnem pœnam, dicendo, ſe velle illam ducere: adeóque in hac hypotheſi ceſſat regula *c. 70. de R. J. in 6.* quòd in alternativis debitoris ſit electio, & ſufficiat alterutrum præſtare.

Dictum fuit: *ſignis exterioribus manifeſtata.* Quod fieri poteſt 11 *vel verbis*, quæ debent eſſe clara, & perſpicua, nec ſufficiunt amatoria, v. g. *Tu es meus chariſſimus:* hæc enim, præſertim apud nos Germanos, ſunt frequentiſſima. *P. Reiffenſt. h. t. n. 36.* vel *ſignis aliis proportionatis*, qualia habentur porrectio manuum, datio annuli, annutus, quæ, ſi præceſſit tractatus prævius de ſponſalibus, ùt communiter docetur, ſufficiunt. Conſulantur Authores paſſim.

Forma accidentalis ſtat in eo, quòd poſſit ſponſalibus adjici con- 12 ditio, dies, modus, demonſtratio, vel cauſa, ſicut aliis contractibus. Circa conditionem

Dubitatur, utrùm conditio impoſſibilis ſponſalibus adjecta vitietur, & ita ſponſalia valeant? Reſpondetur, non vitiari, ſed ſponſalia nulla

 eſſe

a) At nonne per copulam oritur affinitas, quæ impedimentum publicæ honeſtatis aliunde abſorbet, latiúsque extenditur? In hac hypotheſi non eſt aliter: Data autem differentia intelligenda eſt in genere, & in aliis caſibus, ubi affinitas non intercedit.

eſſe. Sicut enim conditio impoſſibilis vel turpis vitiat alios contractus, ita etiam vitiat ſponſalia, cùm nullibi excipiantur. Nec valet paritas de matrimonio, ubi vitiatur, ſeu rejicitur conditio, & valet matrimonium *cap. ult. de Condit. appoſ.* cùm major ſit favor matrimonii, cùm ſit elevatum ad dignitatem Sacramenti, quàm ſponſalium. *P. Engel h.t. n. 15.*

13 Difficilior eſt diſputatio, num ſponſalibus poſſit adjici pœna? Quòd non poſſit adjici pœna etiam eo fine, ne liceat recedere, quando datur juſta reſiliendi cauſa, adeóque, quòd in ſponſalibus (ſecùs in aliis contractibus) non poſſit ligari libertas juridica, omnium eſt ſententia, ùt *ex P. Wex* teſtatur *Magnif. P. Schmier d. l. cap. 3. num. 142.* Dubium igitur in hoc verſatur, num ita poſſit adjici pœna, ne liceat recedere ſine juſta cauſa, ſeu ita, ut qui ſine cauſa receſſerit, teneatur pœnam ſolvere? Negant quàm plurimi, inter quos *Gonzalez ad cap. 29. h.t. n. 2.* Eorum potiſſima ratio in eo ſita eſt, quòd matrimonia debeant eſſe libera, quapropter omnis pœnæ ſtipulatio legatur prohibita *in l. 2. C. de inut. ſtipul. & in l. 5. C. h. t. l. 134. ff. de V.O.* & notabiliter *in cap. 29. h. t.* Affirmant non pauciores, quos citat, & ſequitur *prælaud. Magnif. d. l. n. 145.* quibus & nos accedimus, ac probamus à pari. Poſſunt adjici arrhæ (a) ita, ut, qui accepit, ſi ſine juſta cauſa reſilierit, teneatur in duplum, triplum, & quadruplum illius, quod accepit *l. 5. C. h.t.* ergo etiam pœna.

Nec valet reſponſio, ſi dicas, in pœna eſſe majus periculum, quàm in arrhis, quia pœna tantùm promittitur, non ſtatim traditur: nam contra eſt, quòd etiam in arrhis ille, qui accepit, non viciſſim ſemper aliquid tradat. Deinde arrhæ non minùs reſtringunt libertatem, quàm pœna, ùt probè conſideranti patebit.

Roboratur hæc ſententia ex eo, quòd poſt contracta ſponſalia etiam ſine adjectione pœnæ jam ſit ſublata libertas phyſica, cùm non ſit ampliùs penes contrahentem contrahere matrimonium, vel non; ſed jam debeat contrahere, niſi habeat juſtam reſiliendi cauſam: ſicut igitur ipſa ſponſalia ex eo, quòd tollant libertatem phyſicam, ſeu antecedentem, faciántque, ut non ampliùs ſit liber ad contrahendum, vel non contrahendum, non dicuntur prohibita: ita etiam ex eo, quòd pœna tollat libertatem phyſicam, ſeu antecedentem, ac faciat, ut non ampliùs maneat

(a) Præter Arrhas, quæ tanquam pignora de jure communi (ſecus de praxi) ſecuto matrimonio reſtitui debent, accedit etiam ſponſalibus largitas ſponſalitia, ſeu donationes inter ſponſos invicem ante nuptias (inde donationes ante nuptiales dictæ) fieri ſolitæ: Hæ autem matrimonio contracto non reſtituuntur *l. 1. §. 1. ff. de donat. l. 12. C. de donat. antenupt.* benè verò non contracto ad exemplum arrharum, de quibus vid. *l. 3. & 5. C. h. t.* Excipe, ſi ſponſæ à ſponſo oſculum ſit illatum. vid. *l. 16. de donat. antenupt.*

Digitized by Google

neat liber ad contrahendum, vel non contrahendum, non poterit dici illicita.

Reſpondebis, pœnam adhuc magis reſtringere libertatem: Quid tum? etiam arrhæ magis ſtringunt, nec tamen ſunt prohibitæ. Ratio horum eſt, quia ſufficit, quòd in ſponſalibus, non obſtantibûs arrhis, ac pœnâ, maneat adhuc libertas juridica, id eſt, facultas recedendi ex juſta cauſa, fortè, quòd fuerit ab altero fracta fides &c. quæ libertas ob favorem matrimonii tolli non poteſt. Et huic libertati, ſcilicet juridicæ, favent textus pro opinione contraria adducti; qui etiam exinde non multùm probant, cùm partim intelligi poſſint de pœna non ab ipſis contrahentibus, ſed ab eorum parentibus adjecta: parentes verò non valent nec cum-nec ſine pœna filiorum libertatem reſtringere, aut omninò tollere: partim, quòd textus juris civilis, qui libertati matrimonii aliunde nimis favere videntur *arg. l. 1. C.h.t.* in materia naturali, ac Eccleſiaſtica non adeò ſint attendendi. Poteris etiam ad textus contrarios reſpondere, matrimonia debere eſſe libera libertate antecedente, & ab omni metu injuſto, non item libertate conſequenti, & ab omni metu juſto: libertas autem antecedens per ſponſalia jam eſt ſublata, nec poteſt dari ad aliquid illicitum, hoc eſt, ad recedendum ſine juſta cauſa. Hinc optimè urget *Clariſſ. D. P. Bened. Schmier loc. ſuprà cit. n. 17.* quòd poſſint contrahentes à Judice non tantùm pœnâ pecuniariâ, ſed etiam excommunicationis, quæ tamen omnium graviſſima eſt, ad complenda ſponſalia adigi. Cur igitur non poterunt ipſi contrahentes libertatem magis reſtringere per adjectionem pœnæ? Inde patet

Effectus ſponſalium, qui conſiſtit in obligatione ad matrimonium 14
convento tempore ineundum, ita, ut partes poſſint abſolutè loquendo cogi, &, uti mox dictum, ſub pœna excommunicationis adigi, ut ſatisfaciant obligationi ſponſalitiæ. Eſto quandoque conſultum haud ſit extremam adhibere coactionem. Vid. *c. 2. 10. & 17. h.t.* Dictum fuit *convento tempore*. Quòd ſi de tempore nulla fuerit facta mentio, oritur quidem ſtatim obligatio ad matrimonium contrahendum alterutra parte petente, ſeu urgente, cùm in obligationibus indefinitè (id eſt, non adjecto tempore) contractis præſenti die debeatur *l. 14. ff. de R.J. l. 41. §. 1. ff. de V.O.* Interim tamen, ſi neutra pars urgeat, poterit iſta obligatio, usque dum alterutra petierit, differri. *arg. l. 19. C. de pignor.*

Nec valet paritas de voto, quod ſtatim & ad ſtatim obligat: nam diſparitas eſt, quòd DEUS, cui votum fit, ſtatim præſumatur urgere, & executionem petere (an fortè vovens Angelum de cœlo lapſum, qui urgeat, exſpectabit?) non item pars contrahens, cùm, ſi velit, poſſit urgere: ſi verò non urgeat, cenſetur in dilationem conſentiſſe.

 Non

Non caret difficultate, utrum ſponſalia poſt emiſſum votum Religionis, vel caſtitatis inita ſint obligatoria, ſi illis acceſſerit defloratio? Reſpondetur negativè. Ratio evincens eſt, quia ſponſalia poſt ejusmodi votum inita ſecundùm ſe ſunt nulla ob fidem DEO datam, ergo manent nulla, eſto, accceſſerit defloratio, cùm per delictum jus DEO quæſitum aufferri nec poſſit, nec debeat.

Dices: pars altera eſt innocens, cùm votum non ſciverit, quapropter DEUS præſumitur in favorem partis innocentis juri ſuo renuntiare. Sed quî dicas illam innocentem, quæ extra matrimonium corporis ſui fecit copiam? ſive enim ſciverit, ſive non ſciverit, alterum eſſe voto obſtrictum, ſemper peccavit. Hinc

Minùs officit paritas ab eo, qui poſt votum eleemoſynæ proximum damnificavit; & teneri dicitur ante implementum voti ad damnum reſarciendum: nam, transmiſſo antecedente, negatur conſequentia; quia hic damnum paſſus planè eſt innocens: non item in noſtro caſu: ubi deflorata damnum ſuâ culpâ ſentit, quod hoc ipſo ſentire non videtur *arg. c. 86. de R.J. in 6.* Dixi, *transmiſſo antecedente*, quia illud nobis adhuc probatum non eſt. Ulterior diſparitas eſt, quia ex voto eleemoſynæ DEUS non habet jus ad rem certam, ſicut in voto caſtitatis, ſeu religionis. Eodem ferè modo reſpondetur ad inſtantiam, quam faciunt de alio debitore, quem putant, teneri priùs procurare ſolutionem æris alieni, & deinde primùm votum implere. Accedit, quòd in his caſibus (ſi tamen veri eſſent) votum tantùm ad tempus differetur: in noſtro verò planè omitteretur, ac negligeretur.

15 Non minor eſt difficultas, utrùm ſecunda ſponſalia ſint obligatoria, ſi copula, ſeu defloratio acceſſerit? Reſpondetur, uti priùs, negativè. *Magnif. D. P. König ad h. t. n. 28.* Ratio eſt, quæ prior: nam ſponſalia ſecunda per ſe non ſubſiſtunt: ergo neque ſubſiſtunt, ſi acceſſit defloratio, per quam jus quæſitum priori ſponſæ tolli non poteſt.

Dices, ſi duobus ſucceſſivè ſit res vendita, & ſecundo tradita, præfertur ſecundus *l. 15. C. de R.V.* ergo etiam hic, quia per copulam facta eſt traditio. Reſpondetur negando ſuppoſitum, quòd copula poſt Concilium Tridentinum, vi cujus matrimonium clandeſtinum fuit planè annullatum, habeat vim traditionis.

Dices: ſecunda puella certat de damno vitando, conſequenter priori, quæ certat de lucro captando, eſt præferenda. Reſpondetur, etiam priorem certare de damno vitando; quia certat de jure quæſito non amittendo. Deinde damnum, quod ſecunda ex copula ſentit, ſuâ culpâ ſentit, & ſic ſentire non videtur.

Ki-

Digitized by Google

Limitanda tamen eſt hæc ſententia, & ſecundis ſponſalibus valor tribuendus, ſi prima velit renunciare juri ſuo; quia contrahens ſecunda ſponſalia cenſetur ſe obligare, in quantum potuit, adeóque ſaltem conditionatè, ſi prior juri ſuo ceſſerit: nam, eſto expreſsè videantur pura, tacitè tamen præſumuntur conditionata.

Contraria ſponſalium ſunt modi, quibus ſolvuntur. Solvuntur autem vel *ipſo jure*, vel quandoque datur alterutri *Facultas ſeu cauſa reſiliendi*. Ipſo jure ſolvuntur *Mutuo conſenſu, per profeſſionem Religioſam, per Ordines ſacros, per matrimonium cum alia contractum, per Impedimentum ſuperveniens, & Lapſu temporis.* 16

Dixi I. *Mutuo conſenſu:* quia nihil eſt tam naturale, quàm aliquid eo modo, quo colligatum, poſſe diſſolvi *l. 35. ff. de R.J.* atqui mutuo conſenſu ſponſalia fuerunt inita: ergo etiam mutuo conſenſu poſſunt diſſolvi. Sed quid reſpondebimus *ad cap. 2. b.t.* ubi expreſsè ſtatuitur, quod, *ſi ſe ad invicem* (en diſſenſus mutuus) *admittere noluerint*, & paulò poſt: & *ad inſtar eorum, qui ſocietatem ſibi remittunt*, modis omnibus commonendi ſunt, & inducendi, ut præſtitam fidem obſervent. Multi putant, textum debere intelligi de ſponſalibus juratis, vel de caſu, quo unus tantùm volebat recedere: ſed vix hæc opinio, uti conſideranti textum, & priora verba patebit, ſubſiſtit. Dicendum eſt cum *Clariſſ. D. P. Collega Böckhn b.t. n. 119.* illic contineri caſum, quo mutua recedendi voluntas ex odio & diſcordia ſuborta fuit; ubi omninò Judicis officium eſt, omnium primò tentare conciliationem, & priſtinum amorem excitare. Hæc reſolutio etiam procedit de ſponſalibus juramento firmatis; cùm juramentum ſequatur naturam actûs, cui apponitur, id eſt, cùm involvat omnes conditiones, quas involvit ipſe actus *c. 28. de jurejur.* ſicut igitur ſponſalia involvunt hanc conditionem: *Te ducam, niſi placuerit mutuo conſenſu recedere;* ita & juramentum ſub tacita hac conditione cenſetur emiſſum. Hinc non valet, ſi dicas, juramentum, quod non cadit in præjudicium tertii, nec detrimentum animæ jurantis, debere ſervari: nam hoc verificatur de juramento abſoluto, non conditionato, ſi conditio advenerit.

Dixi II. *per profeſſionem Religioſam*, ſiquidem ſponſalia ex diſpoſitione juris involvunt tacitam conditionem: *Te ducam, niſi placuerit ingredi Religionem;* cùm contrahenti liberum ſit ſtatum approbatæ Religionis amplecti, & promiſſioni matrimonii præferre *c. 7. de Converſ. conjug.* Id, quod etiam extenditur ad ſponſalia jurata ex data ſuperiùs ratione. 17

Videtur è diametro contradicere *c. 16. b.t.* ubi in terminis deciditur, *quòd tutiùs ſit ei* (juranti) *religione juramenti ſervata priùs contrahere* (matrimonium) *& poſtea, ſi elegerit, ad Religionem intrare.* Re-

ſpon-

ſpondetur, caſum textûs eſſe de eo, qui matrimonium juratò promiſit intra certum tempus, & illud usque ad ultimos dies elabentis termini diſtulit, ac inſperatò incidit cogitatio melioris vitæ; tempus autem ad deliberandum, utrùm velit Religionem ingredi, nimis breve videbatur. Hinc dicit Pontifex; ducat interim ante lapſum termini, ne, ſi nec ducat, nec intra hoc tempus Religionem ingrediatur, fiat perjurus: *& poſtea, ſi elegerit* (habet enim adhuc bimeſtre ad deliberandum) *Religionem ingrediatur.*

Diſcuti hic meretur quæſtio, utrùm ſponſalia ſolo ingreſſu, an primùm per actualem profeſſionem ſolvantur? Tres ſunt ſententiæ. Una dicit, ſolo ingreſſu ex utraque parte ſolvi, quia pars remanens non tenetur exſpectare, & ideo etiam religionem ingreſſus liberatur; cùm ſponſalia non poſſint claudicare. Altera mediam viam tenet, ſolvi nimirum ex parte remanentis ob datam rationem, non item ex parte ingredientis; quia non poteſt per ſolum ingreſſum parti alteri adimi jus quæſitum, cùm ingrediens poſſit adhuc pœnitere, & Religionem deſerere, adeóque obligationi ſuæ ſatisfacere. His notabiliter accedit, quòd aliàs aperiretur via fraudibus: ſiquidem pars tædio alterius partis affecta, poſſet ad modicum tempus, ut ſe liberaret, Religionem ingredi, & hoc modo alteram partem deludere. Tertia ſententia ſimpliciter negat, per nudum ingreſſum ſponſalia ſolvi; ſed requirit actualem profeſſionem; atque huic tertiæ opinioni cum *Magnif. P. Schmier cit. loc. c. 5. n. 38.* ſubſcribimus. Et imprimis, quòd non ſolvantur ex parte ingredientis, adeoque quòd ille maneat obſtrictus, probant rationes pro ſententia media mox allegatæ: quòd autem neque ſolvantur ex parte remanentis; ſed quòd etiam illa teneatur exſpectare actualem profeſſionem, eſt unica, ſed convincens ratio, quia Religionem ingreſſus neque vult, neque debet renunciare juri ſuo per ſponſalia quæſito: Non vult, quia nemo præſumitur in dubio jus ſuum jactare velle *l. 25. ff. de Prob.* poteſt enim ſine ullo abſurdo (cùm nulla ſubſit implicantia) ſecum ipſo cogitare, ſe, ſuppoſitô, quòd ſtatus religioſus non videatur ſibi conducere, nolle aliam habere, ſeu ducere, quàm illam, cum qua contraxit, conſequenter reſervare ſibi jus, & affectum fovere, quem priùs habuit: Non debet; quia, qui utitur jure ſuo, ſeu privilegio ſibi à jure conceſſo, nemini facit injuriam, nec amittit jus, quod habet in alium *arg. l. 55. ff. de R. J.* ſed talis utitur privilegiô ſibi à jure conceſſo: ergo.

Opponitur I. quod durum admodum videatur, ſi pars in ſæculo remanens integrô annô cum periculo vel incontinentiæ, vel negligendi aliam opportunam nubendi occaſionem exſpectare cogatur, conſequenter dabitur ob notabilem mutationem facultas reſiliendi. Ad hoc argumen-

mentum reſponderi poteſt, eſſe mutationem, quàm quilibet contrahentium prævidere ſuô modô potuit, dum ſcivit, vel ſcire debuit, ſponſalibus ineſſe conditionem, niſi Religionem ingreſſus fuero: periculum incontinentiæ eſt planè quid remotum, & inſufficiens ad hoc, ut ingreſſus debeat jus ſuum abdicare, &, ut obveniatur incontinentiæ, quam alter aliunde ex motivo virtutis cohibere debet, amittere.

Opponitur II. quòd ingrediens Religionem videatur ipsô factô ſponſalibus renuntiare, & animum erga ſponſam deponere: quia, quando ingreditur, non intendit redire, ſed potiùs permanere. Hìc negatur abſolutè antecedens; contrarium patet ex dictis: Neque etiam verum eſt, quòd ingrediens debeat habere animum permanendi: nam unica, & primaria intentio hìc & nunc eſt, probare ſtatum religioſum: hinc animus eſt adhuc in bivio, utrùm ſit manſurus, vel egreſſurus. Ex his facilè colligi poterit, ad dirimenda ſponſalia non ſufficere ſimplex votum caſtitatis, vel etiam ingrediendi Religionem, cùm hoc privilegium ſoli ingreſſui, ſeu potiùs actuali profeſſioni, non cuilibet alii ſtatui, eſto perfectiori, indultum ſit.

Nec quidquam in contrarium facit, quòd in *cap. 5. qui cler. vel vovent.* dicatur, fœminam, quæ poſt ſponſalia votum emiſit, diſpenſativè ad matrimonium admitti: nam loquitur de caſu, quo cum alio, non cum ſponſo, cùm quo priùs ſponſalia inierat, matrimonium contrahere deſiderat.

Dixi III. per *Ordines ſacros*, hoc eſt, ſi quis poſt contracta ſponſalia ſuſcipiat Ordines majores (a) ſcilicet Sub-Diaconatum, Diaconatum, Presbyteratum. *Extrav. antiquæ Joan. 22. de vot. & vot. redempt.* Eſto enim, ſi hoc faciat diſſentiente, vel ignorante ſponſa, probabiliùs illicitè agat, validè tamen ſuſcipit; & exinde dirimuntur ſponſalia, quia inducitur ſtatus incompatibilis.

Dixi IV. *per matrimonium cum alia contractum*; quia ſecunda jam 18
per matrimonium acquirit jus in re, conſequenter præfertur ſponſæ habenti tantùm jus ad rem *cap. 22. & 31. h.t.* Huc quadrat paritas de caſu, quo fuit res duobus vendita, ubi ſecundus, cui fuit res tradita (quamvis illicitè) præfertur primo *l. 15. C. de R. V. l. 6. C. de hær. vel act. vend.*

Ambigitur autem, utrùm planè ſolvantur, an tantùm ſuſpendantur, ita, ut ſi matrimonium per mortem alterius diſſolvatur, teneatur fœdifragus priorem ſponſam ducere? Reſpondetur tantùm ſuſpendi, quia

(a) Per Minores eſto quidem ſponſalia ipſo jure non ſolvantur, probabiliter tamen *cum P. Reiffenſt. h. t. n. 230.* defendi poteſt, competere alteri facultatem reſiliendi; tum quia minores Ordines ſuſcipiens regulariter ad Majores aſpirat, & ita ſponſalibus renunciare videtur; tum quia non eſt levis inconſtantia poſt ſponſalia Ordines ſuſcipere, quoniam nullibi hoc privilegium indulgetur.

non potuit pars delinquens per ſuum delictum ſe ab obligatione ſponſalitia, qua alteri obſtricta erat, abſolutè liberare.

Non obſtat *d.cap. 22. h.t.* ubi dicitur *fides fieri irrita.* Nam tantùm fit irrita *interim*, ſcilicet quamdiu durat matrimonium cum alia contractum.

Nec obſtat, quòd, ſi ſervus promiſſus manumittatur, ita extinguatur obligatio illum præſtandi, ut non ampliùs reviviſcat, quamvis adhuc redigatur in poteſtatem *l. 98. §. 8. de ſolut.* Nam imprimis textum textui opponimus in *l. 79. in fin. ff. de leg. 3.* Deinde ſervus per manumiſſionem fit alius homo, quia mutat ſtatum, adeóque, eſto poſtea ſurſus redigatur in ſervitutem, non ampliùs debetur; cùm jam alius ſit homo, ſaltem juridicè. Econtra matrimonium contrahens non fit alius homo, cùm non mutet juridicè ſtatum.

Nec obſtat, quòd per profeſſionem religioſam in ordine laxiori ſolvatur planè votum ingrediendi Religionem ſtrictiorem: nam hic utraque promiſſio fit DEO, qui ſibi magis complacet ex actuali profeſſione *(etſi ordinis laxioris)* quàm ex ſolo voto ingrediendi ordinem ſtrictiorem. In noſtra hypotheſi promiſſio fit diverſis perſonis, ùt per ſe patet. Illud minùs ad rem facit, quòd noſtra ſententia videatur involvere votum captandæ mortis; dum pars deluſa nihil magis optabit, quàm mortem conjugis, cujus intuitu fuit à ſuo contrahente decepta. Nam hoc eſt merè per accidens.

19 Dixi V. *per ſuperveniens impedimentum.* Si videlicet poſt ſponſalia ſponſus cum conſanguinea ſponſæ commercium habuerit carnale; oritur enim impedimentum affinitatis *cap. 8. de eo, qui cognov.* quo caſu debebit ſponſus, qui fidem fregit, parte altera urgente, procurare diſpenſationem, ùt probabiliùs defendit *Magnif. P. Schmier cit. tr. c. 5. n. 71.*

Dixi denique VI. *lapſu temporis*, quòd intelligendum, ſi tempus ſit adjectum non ùt terminus incipiendæ, ſed finiendæ obligationis causâ, adeóque, ſi ita ſponſalia fuerint inita, ut, ſi matrimonium intra biennium, vel aliud tempus non fuerit contractum, obligatio ſit extincta. Ratio eſt; quia pacta dant legem contractui *cap. 85. de R. J.* Et hoc procedit, ſive matrimonium non fuerit ſecutum caſu, ſive ex culpa utriusque, ob datam mox rationem. Quòd ſi tantùm unus fuerit in culpa, ſolvuntur ex parte innocentis, ſi velit, ita, ut culpoſus maneat obſtrictus; quia culpa unius alteri non debet eſſe nociva, vel culpoſus ex ea reportare commodum. *Magnif. P. König h. num. 69.* Hæc de modis, quibus ſponſalia ſolvuntur ipſo jure.

20 Cauſam reſiliendi præbet I. *Non adimpletio conditionis*, ſeu potiùs modi adjecti; quia fruſtra ſibi fidem ab eo ſervari poſtulat, quam ipſe ei-

eidem fregit *cap. 75. de R.J. in 6.* Præbet II. *Fornicatio*, quæ dupliciter venit conſideranda *ante*, & *poſt* contractum ſponſalitium commiſſa. Si fornicatio præceſſerit ſponſalia, & quidem ſponſa fuerit fornicata: admittitur ab omnibus, competere ſponſo, cui primùm fornicatio innotuit, facultatem reſiliendi. Hanc facultatem tamen non pauci negant ſponſæ, ſi eidem innotuerit, ſponſum, ſe antea per fornicationem contaminâſſe. Nobis verò ſine ſtudio partium, vel ſexûs ſcribentibus, non videtur libertas reſiliendi eſſe ſponſæ in hoc caſu deneganda. Ideo enim ſponſus poteſt recedere, quia innoteſcit mutatio, quâ prævisâ non contraxiſſet. Sed hanc rationem etiam dabit honeſta puella, quæ pariter cupiet juvenem incorruptum, & alteri non coinquinatum. *Si ducturi eſtis uxores, ſervate vos uxoribus veſtris: quales vultis eas invenire, tales & ipſæ inveniant vos: quis Juvenis eſt, qui non caſtam velit ducere uxorem? & ſi accepturus eſt virginem, quis non intactam deſideret? intactam quæris, intactus eſto, puram quæris? noli eſſe impurus, non enim illa poteſt, & tu non potes.* Ita impartialiter differit D. Auguſtinus *in cap. 2. cauſ. 32. quæſt. 6.* cui pari affectu adſtipulatur *D. Hieronymus in cap. 20. d. cauſ. 32. q. 5. Apud nos*, ait, *quod non licet fœminis, æquè non licet viris, & eadem ſervitus pari conditione cenſetur.*

Neque evades, ſi dicas, turpiorem eſſe laſciviam in fœminis, quàm maſculis: nam quidquid de hoc ſit (fortè aliter totus fœmineus ſexus de hoc interrogatus reſponderet!) ſemper manebit verum, quòd præceſſerit mutatio, quâ prævisâ non contraxiſſet: ſanè ſi æquitatem naturalem ſpectare velimus, non videtur, cur fœmina deterioris conditionis eſſe debeat, quàm maſculus. Quæ ſententia de facultate reſiliendi ob fornicationem ante ſponſalia commiſſam utrique ſponſorum competente procedit, etſi ſponſalia fuerint jurata, nil obſtante *cap. 25. de Jurej.* quia intelligitur de caſu, quo parti contrahenti fornicatio alterius partis innotuerat.

Quod ſi fornicatio ſponſalia ſecuta fuerit: datur parti innocenti (tam ſponſo, quàm ſponſæ) reſiliendi facultas: quia fidem frangenti fides haud eſt ſervanda, juxta vulgatum: Frangenti fidem fides frangatur eidem *d. cap. 75.* adeóque hic non tam attenditur mutatio, quàm fides fracta.

Quid ſi uterque ſponſorum fuerit fornicatus? Tres rurſus ſunt ſententiæ. Una dat utrique facultatem reſiliendi. Altera neutri. Tertia ſponſo, non item ſponſæ. Nos pro media intercedimus, & neutri facultatem recedendi impertimur; quia paria delicta mutua compenſatione tolluntur: atqui hic ſunt paria delicta; quia uterque alteri fidem fregit; conſequenter ſponſus objiciens ſponſæ fractam fidem, debet à

ſponſa eandem retorſionem exſpectare. Quæ ſententia egregiè firmatur *ex cap. 6. de Adult.* ubi, ſi utraque pars fuerit adulterata, neutri datur facultas petendi divortium quoad thorum, & menſam: ex data mox ratione.

Si dixeris, non eſſe paria delicta, quia longè turpior eſt fornicatio ſponſæ, quàm ſponſi: Dicis, ſed non probas. Nam hoc ex mera opinione vulgi, non ex principiis Theologicis, ſeu Juridicis aſſeritur. Deinde cur non eſt etiam turpiùs adulterium Uxoris, quàm Mariti? & ſi eſt, cur non conceditur facultas petendi divortium Marito, & non Uxori? imò major eſt turpitudo in maſculo, qui deberet eſſe conſtantior, quàm fœmina, pro qua perorat debilitas ſexûs: ille plerumque ſeducit, hæc ſeducitur.

Si dixeris cum prima ſententia, dari utrique facultatem recedendi, quia uterque ſe cum altera commiſcendo tacitè juri ſuo renunciavit, & quamprimùm unus fornicatione ſe polluit, ceſſat in altera parte obligatio ſervandi fidem datam, quæ non ampliùs reviviſcit, eſto, & illa poſtea hujus delicti ſe ream fecerit.

Reſpondetur negando utrumque membrum: nec enim ſtatim ſequitur, quòd cum alia ex oblata occaſione, vel tentatione, quam hic & nunc ſuperare non valuit, fornicatus, amittat affectum erga ſponſam, quam animô adhuc ſponſalitiô, quantum eſt ex ſua parte, proſequitur. Neque etiam obligatio ex parte innocentis ipſo jure extinguitur, ſed tantùm datur facultas reſiliendi, quæ facultas pariter exſpirat, ſi & ipſa pari delicto ſe contaminaverit.

Præbet III. Facultatem reſiliendi *Abſentia*, ſi nimirum ſponſus inſciâ, vel invitâ ſponſâ in alienas terras ſe conferat ſive cum, ſive ſine animo mutandi domicilium, adeóque ex alia cauſa, ſive neceſſaria, ſive voluntaria, diu non rediturus, poteſt ſponſa de hoc edocta ſtatim reſilire, cùm ſit quædam conditio, quâ præviſâ non contraxiſſet. *vid. cap. 5. h. t. P. Reiffenſt. d. t. num. 213. & ſeq.* Neque hic attendenda diſpoſitio juris civilis, vi cujus ſponſa jubetur exſpectare per biennium, ſi ſponſus ſit intra provinciam, vel per triennium, ſi extra *l. 2. C. h. t.* quin & diutiùs, ſi cauſa abſentiæ fuerit neceſſaria *l. 17. ff. eod.* quia hæc determinatio temporis non præſcribitur pro facultate ſimpliciter reſiliendi, quæ de ſe hoc jure eſt libera *l. 2. C. de Repud.* Sed de caſu, quo pars altera vult lucrari arrhas, ùt exponit *Magnif. P. Schmier d. c. 5. n. 93.* (a) Dictum fuit, ſi in-

(a) Hinc ſummè diſplicet, & vix ſubſiſtit illorum ſententia, qui contendunt, ob abſenſentiam neceſſariam ſponſi debere ſponſam exſpectare in perpetuum; cùm utique talis abſentia ſit mutatio, qua præviſa alter non contraxiſſet, ubi culpa non requiritur.

Digitized by Google

inſciâ vel invitâ ſponſâ: nam ſi ſciverit, & conſenſerit, tenetur exſpectare, donec ſponſus redierit, quia volenti non fit injuria. Jam ex dictis

Præbet IV. Facultatem reſiliendi *Notabilis Mutatio*, vel circumſtantia ſive antecedens, ſive conſequens, quâ prævisâ neutra pars contraxiſſet; quia non præſumitur pro tali caſu non præviſo ſe voluiſſe obligare. *arg. l. 77. ff. de contr. empt. & cit. cap. 25. h.t.* utpote cùm errantis, & ignorantis nullus ſit conſenſus *l. 15. ff. de Juriſd.*

Dictum fuit *notabilis mutatio*, ſive deinde fuerit in bonis *Animi*, v.g. quòd pars alterutra incidat in furorem, aut amentiam, vel innoteſcant improbi mores, ſævities: ſive *Corporis*, quòd ſuperveniat inſperata deformitas: pone amiſſionem oculi, truncationem pedum: Idem dicendum, ſi ſponſa ab alio fuerit vi compreſſa: quamvis hic diſſentiat *Voët. ff. b. t. num. 14.* ſive *Honoris*, aut *Famæ*, ſi pars una notetur infamia. Vel etiam *in bonis Fortunæ*, ſi amittitur magna pars bonorum; quia bona ſunt pars vitæ, & honeſtæ ſuſtentationis. Quænam autem mutatio notabilis ſit, ut ad recedendum ſufficiat, remittitur prudentis Judicis arbitrio *arg. l. 1. §. 2. ff. de Jur. delib.*

Neque movet paritas, quòd in aliis contractibus v.g. in emptione venditione non liceat recedere, eſto equus poſt venditionem, & ante traditionem fuerit depretiatus, vel etiam pretio auctus: nam alii contractus non tendunt ad individuam vitæ conſuetudinem, ſicut ſponſalia. Deinde in emptione venditione, cùm ſit unicus contractus, attenditur tantùm tempus, quo emptio venditio fuit inita. Hic autem ſunt duo contractus, ſcilicet ſponſalitius, & matrimonialis, conſequenter duo tempora ſunt conſideranda, videlicet contractus ſponſalitii, & matrimonialis; idcirco etiam circumſtantiæ, quæ tempore matrimonii adveniunt, in conſiderationem trahendæ, ùt ſolidè advertit *Magnif. P. Schmier d. cap. 5. num. 152.*

PARS II.

De Nuptiis.

§. I.

Quid, & quotuplex ſit Matrimonium, ſeu Nuptiæ, quæ Cauſa Efficiens, Objectum, Forma, & Effectus?

Nuptiæ etymologiam deducunt à nubendo, quatenus olim fœmina 21
virum acceptura ſolebat velo, quaſi nube, operiri. Partim ideò, velut ait Iſidorus *in cap. 7. cauſ. 30. quæſt. 5. ut noverint, ſe* (utinam mo-

monitum hoc non exoleviſſet!) *ſemper maritis ſuis ſubditas eſſe, & humiles.* partim in ſignum pudoris: hinc, ut advertit *D. Ambroſius in cap. 8. d. c. 30. quæſt. 5. cùm veniret Rebecca, vidit Iſaac ambulantem, & cùm interrogâſſet, quis eſſet, cognitò, quòd ipſe eſſet, cui duceretur uxor, deſcendit, & caput ſuum obnubere cœpit, docens, nuptiis verecundiam præire debere.*

Dicuntur aliàs etiam *connubium, conjugium, conſortium*, frequentiſſimè verò *matrimonium* à Matre nuncupatum, quatenus Matri ſobolis procreatio, cujus gratiâ matrimonium initur, oneroſior eſt, & gravior, uti diſſerit *S. Pontifex in cap. ult. de conv. infid.* ibi: *magis indiget* (Infans) *materno ſolatio, quàm paterno, matrique ante partum oneroſus, doloroſus in partu, poſt partum laborioſus eſt.* (a)

Sumuntur tripliciter, in ratione *contractûs, Sacramenti*, & *effectûs.*

22 In ratione contractûs commodè definies, quòd *ſit conventio, ſeu contractus, quo mas, & fœmina ſibi invicem tradunt jus in corpora ad uſum humanæ generationis, ſéque ad individuam vitæ conſuetudinem obligant.*

Dictum fuit *conventio*, ſeu *contractus;* nec enim moramur *Huberum, qui h. t. num. 2.* tam ſponſalia, quàm matrimonium à ratione veri contractûs excludit, egregiè *à Clariſſ. D. P. Collega Böckhn de ſponſ. & matr. part. 2. num. 5. & ſeqq.* refutatum. Eſt autem contractus *conſenſualis:* Nuptias enim non concubitus, ſed conſenſus facit *l. 30. ff. de R. J.* Dictum fuit, *quo mas & fœmina:* inter alios enim non poteſt haberi uſus humanæ generationis, quæ eſt finis ipſius matrimonii. Reliqua patebunt ex dicendis.

In ratione Sacramenti *eſt ſignum ſenſibile, quo conjugibus confertur gratia ad faciliùs ſuſtinenda onera matrimonii.*

In ratione effectûs definitur *in cap. 11. de præſumpt. & §. 1. h. quòd ſit maris, & fœminæ conjunctio individuam vitæ conſuetudinem continens.*

23 Dividitur matrimonium in Legitimum, Ratum, & Conſummatum. LEGITIMUM, quod præcisè juxta leges naturales, & civiles in ratione ſolius contractûs initum eſt; & hoc modo contrahunt infideles. *c. 7. de divort.*

RATUM (quaſi Jure Divino, & Eccleſiaſtico ratificatum) quod etiam contrahitur juxta leges, ſed inſuper habet rationem Sacramenti: & ita contrahitur à fidelibus: Infideles enim non ſunt capaces Sacramenti, quia per Baptiſmum nondum ſunt ingreſſi januam Eccleſiæ *cap. ult. de Presbyt. non baptiz.* hinc valde impropriè, & tantùm in ratione con-

(a) Inde fluit, quòd terminis technicis fœmina, non vir dicatur nubere; niſi ille velit ſubeſſe. Unde Martial. 8. *Epigr. 12.*

Uxorem quare locupletem ducere nolim
Quæritis? Uxori nubere nolo meæ.

contractûs locutus eſt S. Pontifex, dum in *c. 8. de Divort.* dicit, quòd *Sacramentum conjugii tam apud fideles, quàm infideles exiſtat.*

Utrum autem à fidelibus poſſit contrahi matrimonium in ratione ſolius contractûs vid. *Magnif. P. Schmier d. l. 4. tr. 2. c. 1. n. 43.* & *Clariſſ. D. P. Böckhn d. p. 2. num. 13. & ſeqq.* quibus cum aliis contrariatur *Magnif. P. König b. t. num. 48.*

CONSUMMATUM eſt, cui acceſſit copula carnalis perfecta, ac jure maritali exercita. Dicitur *perfecta*, id eſt, ſufficiens per ſe ad generationem prolis: Dicitur *jure maritali exercita* ad indicandum, quòd, ſi fuiſſet intra bimeſtre, ubi competit facultas eligendi ſtatum Religionis, vi extorta, ex veriori ſententia non ſit matrimonium conſummatum: ſicut enim ratum perficitur utriusque conſenſu, ita & conſummatum. Secùs enim non poſſet repræſentare conjunctionem Chriſti cum Eccleſia, quæ fuit libera, ac voluntaria.

Neque dicas, hoc nimium probare, quia ſequeretur, quòd, ſi copula etiam poſt bimeſtre fuiſſet vi extorta, matrimonium non deberet dici conſummatum, quia deficeret conſenſus: nam negatur ſequela; cùm poſt bimeſtre copula jam exerceatur jure maritali, dum altera pars non ampliùs legitimè poteſt eſſe invita.

Neque dicas ulteriùs, quod per hanc copulam maritus, & uxor ſint facti una caro, & naſcatur proles legitima: Nam his transmiſsis, tamen negatur, hæc ſufficere ad hoc, ut matrimonium dici poſſit conſummatum, & ita ſignificare conjunctionem Chriſti cum Eccleſia, quæ fuit voluntaria. Exinde etiam colliges, illud matrimonium non poſſe dici conſummatum, cui copula præceſſit, quia fuit fornicaria, non jure maritali exercita.

Non obſtat, quòd matrimonium retrotrahatur ad copulam: nam ſi hoc verum eſt: tantùm procedit in favorem prolis. Intereſt autem ſcire, utrum matrimonium ſit conſummatum, cùm nullo modo, niſi per mortem diſſolvi poſſit, ſecùs, ſi tantùm ſit ratum.

Dividitur matrimonium ulteriùs in Verum, & non Verum. VERUM eſt, quod verè, ac validè fuit contractum. NON VERUM. Aliud *putativum*, aliud *præſumptum.*

PUTATIVUM, quod fuit quidem contractum, ſed propter aliquod impedimentum latens nullum fuit. PRÆSUMPTUM, de quo non conſtat, an fuerit contractum: Interim tamen ob probabiles circumſtantias præſumitur eſſe contractum: tale matrimonium erat ante Concilium Tridentinum (& pòſt, ubi non eſt receptum) ſi poſt contracta ſponſalia interceſſerit copula: oriebatur quippe præſumptio juris, & de jure, quòd fuerit habita affectu conjugali *c. 11. & 30. b. t.* Hodie apud

nos

nos erit matrimonium præſumptum, quando conjuges, ut tales, longo tempore cohabitant; ſed tamen matrimonium probari non poteſt, cùm inſtrumenta fortè perierint, vel etiam, ſi fuiſſet contractum ſub conditione: ſi pars altera v.g. ſe nobilem probaverit (qui caſus non erit abſolutè impoſſibilis) & antequam conditio fuerit impleta, matrimonium fuit conſummatum. Oritur enim hìc præſumptio, quòd copula fuerit licitè exercita, & ideo receſſum ſit à conditione, aliàs non potuiſſent partes licitè commiſceri. *vid. cap. 3. 5. & 6. de condit. appoſ.*

Dividitur in *Theologicum*, ſeu *Canonicum*, & *Politicum*, ſeu *Civile.* ILLUD eſt, in quo concurrunt ea, quæ ſunt de ſubſtantia matrimonii, & à SS. Canonibus præſcripta. ISTUD, quod contrahitur ſimul juxta leges civiles, & politicas, quod fit, ſi accedant pacta dotalia, ſolemnis traductio ad domum Mariti. Huc etiam ſpectat matrimonium ad Morganaticam, ſeu ſub lege Salica, ea lege nimirum initum, ut filii certa portione contenti ſequantur conditionem Matris, non Patris *vid. 2. feud. 29.* Obtinet quandoque, ſi perſona illuſtris non valens continere ſub tali conditione fœminam inferioris conditionis, ſeu ignobilem ducat; ejusmodi matrimonium eſt validum, & licitum (& ideo vocatur etiam matrimonium conſcientiæ) imò quandoque, ſi nempe fiat in favorem liberorum primi matrimonii, honeſtum, & pro conſervatione familiæ valde utile. *vid. Magnif. P. König h. t. num. 91.*

24 Cauſa efficiens remota eſt jus tum *naturale*, quod matrimonium omnibus in theſi ad conſervationem generis humani. ſed non ſingulis in hypotheſi præcipit, tum *Divinum*, quô fuit elevatum ad dignitatem Sacramenti, apud *Matth. 19.* ibi: *Quod DEUS conjunxit, homo non ſeparet.* Tum *Canonicum*, quoad determinationem & formam, uti videre eſt ex *Concil. Trid. ſeſſ. 24. de Matr. can. 3. 7. 8. 9. & 11.* Item *d. Seſſ. 24. de Refor. Matrim. c. 1.* tum *civile*, ſi conſiderentur acceſſoria matrimonii, nimirum dos, donatio propter nuptias, morgengaba &c. quoad ipſum matrimonium jus civile nihil habet, quod diſponat, cùm ſit materia Sacramentalis, adeóque Canonica. *cit. Trid. d. Seſſ. 24. de matr. c. 12.*

Proxima ſunt contrahentes. Poſſunt autem matrimonium contrahere, qui ſponſalia, dummodo habeant legitimam ætatem, maſculus ſcilicet annum 14. fœmina 12. *c. 3. 7. & 11. de deſponſ. impub.* (niſi potentia generandi ætatem præveniat) & aliô impedimentô non ſunt irretiti. De impedimentis dicetur infra.

Quæres, utrùm matrimonium poſſit per Procuratorem contrahi? Affirmativa deciditur *in cap. fin. de procurat. in 6.* & probatur ab experientia; quandoquidem non ſolùm Auguſtiſſimus Imperator Glorioſiſſ. mem.

ſed

ſed etiam moderaus Auguſtiſſ. & Inviſtiſſ. Carolus per Legatos ſpeciali mandato inſtructos ſereniſſima conjugia celebrârunt.

Neque dicas, hûc modô vitiari formam matrimonii *in Trid. ſeſſ. 24. c. 1. Ego vos conjungo &c.* quia hæc verba non ſunt de ſubſtantia, cùm abſolutè loquendo ſufficiat ſola præſentia Parochi, & duorum teſtium.

Neque obſtat, quod alia Sacramenta non poſſunt per Procuratorem ſuſcipi: fideles autem, ex veriori ſententia, non aliter, quàm ſub ratione Sacramenti matrimonium contrahere valeant: Diſparitas enim eſt, quòd alia Sacramenta non habeant rationem contractûs annexam, ſicut matrimonium: veluti igitur matrimonium, antequam fuerit elevatum ad dignitatem Sacramenti, poterat per Procuratorem contrahi, ita & poſt, quia de natura contractûs nihil amiſit.

Objectum, ſeu materia matrimonii remota ſunt corpora contrahentium; proxima eſt ipſa traditio corporum, circa quam verſatur; ſicut in permutatione materia remota ſunt res permutandæ; proxima autem earum traditio, ita & in matrimonio, ubi tamen non fit traditio realis, & phyſica: hæc enim primùm fit per copulam, ſed conſenſualis, & juridica. 25

Forma alia eſt ſubſtantialis, alia accidentalis. Subſtantialis conſiſtit in mutuo conſenſu de præſenti circa traditionem corporum in ordine ad uſum humanæ generationis, & (ubi Tridentinum receptum eſt) coram Parocho, & duobus teſtibus manifeſtato. Qualis debeat eſſe conſenſus, colligi poteſt proportionaliter ex dictis de ſponſalibus *n. 10. & ſeqq.* hoc diſcrimine notato, quòd debeat ferri in actualem juris traditionem in corpora ad uſum humanæ generationis. 26

Dictum fuit: *coram Parocho, & teſtibus manifeſtato.* Ita *Tridentina Synodus ſeſſ. 24. de refor. matr. can. 1.* Ratio Concilii fuit, quia multi clandeſtinè contrahebant; poſtea verò priore uxore relicta cum alia palàm aliud matrimonium inire, & cum ea in perpetuo adulterio vivere non verebantur; ut igitur huic malo præcaveretur, ſtatutum fuit, ut matrimonium aliter, quàm coram Parocho, vel alio Sacerdote de ipſius Parochi, ſeu ordinarii licentia, & duobus, vel tribus teſtibus celebratum, irritum ſit, omnibúſque careat viribus. Debet autem eſſe Parochus proprius ratione ipſorum contrahentium, vel ſaltem unius ex illis, & quidem Parochus domicilii verè, vel quaſi talis. *Magnif. P. Schmier d. l. tr. 3. c. 5. num. 93. & ſeqq. P. Reiffenſt. de cland. deſponſ. n. 60.*

Quid de vagabundis, qui proprium Parochum non habent? Reſpondetur ex *P. Engel d. t. n. 13.* poſſe illos coram quocunque Parocho loci contrahere. Caveat tamen Parochus, ne ejuſmodi perſonis aſſiſtat, niſi priùs in illarum conditionem, & ſtatum inquirat, ac, re ad ordina-

rium delatâ, licentiam obtineat. *Multi enim ſunt (ita Trident. d. Seſſ. 24 cap. 7.) qui vagantur, & incertas habent ſedes, ut improbi ſunt ingenii, prima uxore relicta aliam, & plerumque plures illa vivente diverſis locis ducunt.*

27 Dubitatur, utrùm Parochus debeat eſſe Sacerdos? Reſpondetur negativè. Ita poſt alios Clariſſ. D. P. Böckhn *de cland. deſponſ. num. 17.* Tridentinum enim non plus exigit, quàm ut ſit Parochus: poteſt autem eſſe Parochus, quin ſit Sacerdos. *cap. 14. & 35. de elect. in 6.* Neque aſſiſtentia in matrimoniis exigit characterem Sacerdotalem.

Neque dicas: ante Concilium Tridentinum (ſaltem, ut matrimonium licitè contraheretur) debebat Parochus eſſe Sacerdos *c. 1. cauſ. 30. quæſt. 5. cap. ult. de clandeſt. deſponſ.* Nam negatur antec. cùm vel textus intelligi poſſint de eo, quod fiebat viâ ordinariâ, vel quòd debuerit eſſe Sacerdos non in re, ſed ſaltem in ſpe.

Non obſtat etiam, quòd *in Trid.* dicatur, debere contrahi matrimonium *coram Parocho* NB. *vel alio Sacerdote:* Jam dictio *alius* eſt relativa, ac perſonam in ſimili qualitate indigitat. Nam imprimis falſum eſt, particulam *alius* ſemper indigitare qualitatem ſimilem, aliàs ex illo *Lucæ 23. ducebantur autem cum eo* (Chriſto Domino) *alii duo nequam*, probabitur, Chriſtum Dominum fuiſſe latronibus ſimilem. Deinde admitti poteſt ſubſtitutum à Parocho, cùm in eo deficiat qualitas Parochi, debere eſſe Sacerdotem. *Clariſſ. D. P. Bened. Schmier d. t. n. 3.*

Intricatior eſt difficultas, num Parochus excommunicatus, ſuſpenſus, non toleratus validè matrimonio aſſiſtat. Placet quibusdam negativa, quia aſſiſtentia Parochi eſt I. Vel actus juriſdictionis voluntariæ, quæ requiritur, ſicut ad valorem adoptionis emancipationis, præſentia Judicis: atqui ejusmodi actus Parochus exercere non poteſt. *arg. cap. 1. de off. vic. in 6. & cap. un. ne ſede vac. eod.* Vel II. actus officii Parochialis: hos autem rurſus validè peragere non poteſt. *arg. cap. 8. de conſuet. cap. 16. de elect. & cap. 14. de Sent. excom. in 6.* Vel denique III. ad minimum ſpectat ad actus excellentioris teſtimonii, à quibus pariter excommunicatus removetur in *cap. 54. de elect. c. 8. & d. cap. 14. de Sent. excomm. in 6.* Nos affirmamus cum *P. Reiffenſt. de cland. deſponſ. num. 7.* cùm ex dictis *Concil. Trid.* non plus exigat, quàm ut ſit Parochus; atqui talis manet Parochus; ergo. Aliàs enim nimis gravari poſſent volentes contrahere matrimonium, cùm vel deberent abſtinere, vel ad ordinarium recurrere; & hac ratione motus docet ſæpè *cit. Clariſſ. D. Colleg. ibid. num. 24.* Parochum aſſiſtendô non peccare; quia ex neceſſitate communicat, dummodò ſolemnem benedictionem omittat.

Non

Non officiunt rationes in contrarium adductæ. Imprimis enim negatur, aſſiſtentiam Parochi propriè eſſe actum juriſdictionis. Cùm juriſdictio ſit poteſtas activa, adeóque voluntariè exercenda: voluntas autem Parochi in matrimonio ex ſententia ipſorum contradicentium non requiritur.

Neque verum eſt, Parochum omnes actus officii, vel teſtis qualificati, ſeu excellentioris invalidè exercere, ſed tantùm illos, quos jus in ſpecie, & expreſsè irritos fecit. Inter quos non legitur aſſiſtentia in matrimoniis. *Clariſſ. P. Pichler de cland. deſponſ. num. 19.*

Diximus incidenter, voluntatem, ſeu conſenſum Parochi in matrimonio non requiri, quia ſufficit nuda ejus præſentia, ut ſciat, matrimonium inter has perſonas eſſe contractum, ubi conſenſu non eſt opus *l. 209. ff. de V. S.* Nec enim neceſſe eſt, ut teſtis conſenſum præbeat in actum, ſeu negotium, de cujus contingentia, ſeu veritate hic, & nunc deponit. Hinc idem dicendum de teſtibus *d. l. 209.* ibi: *ſcire autem non etiam velle is* (in cujus præſentia aliquid fit) *debet; nam & invito eo rectè fit, quod juſtum eſt.*

Teſtes autem non debent eſſe omni exceptione majores, dummodò ſint tales, qui negotium intelligant, & deponere poſſint, matrimonium fuiſſe contractum; tum quia Tridentinum non plus exigit, quàm duos, vel tres Teſtes; tum quia, ſi certa qualitas requireretur, non rarò matrimonium exponeretur periculo nullitatis. Accedit, quòd præſentia Parochi tanquam teſtis excellentioris ſuppleat, ac integret defectum aliorum teſtium.

Ad contraria (a) quæ non ſunt magni ponderis. Reſpondet *Laud. Magnif. d. cap. 5. num. 149. & ſeq.* Illud tamen cum præfato *Magnif. ibid. d. num. 153.* non admittimus, debere teſtes eſſe rogatos, cùm ex dictis etiam inviti poſſint eſſe præſentes, & ſufficiat, ſi advertant, & percipiant id, quod geritur, deducta paritate à Parocho.

Dicta hactenus de Parocho, & teſtibus non procedunt in locis, ubi *d. Concilium Tridentinum* non fuit promulgatum; uti patet ex verbis finalibus *cit. cap. 1. Seſſ. 24. de reform. matr.*

Forma accidentalis in eo ſita eſt, quòd poſſit matrimonium con- 28
trahi vel purè, vel ſub conditione poſſibili, ſive ſit propria, id eſt, de futuro
contingenti, ſive impropria, nimirum de futuro neceſſario, aut de
præſenti, vel de præterito: ejuſmodi enim conditiones dicuntur impropriæ,
quia non ſuſpendunt actum, ſed relinquunt ab initio validum, vel
inva-

(a) Obſtat *cap. 1. de conſ & affin.* ibi: *per teſtes omni exceptione majores.* Sed agit de diſſolutione; quæ eſt cauſa longe gravior & difficilior. Item *cap. 22. de teſtib.* ubi mater excluditur. Eſt caſus ſpecialis ob intereſſe, quòd in illa hypotheſi vertebatur.

invalidum v. g. *Te duco, ſi nobilis es.* Si eſt nobilis, ſtatim matrimonium valet, ſi non, ſtatim nullum eſt. *arg. l. 37. 38. & 39. ff. de R. C.*

Huc non quadrat inſtantia ab aliis Sacramentis, quæ ſub conditione non poſſunt adminiſtrari: nam alia Sacramenta nihil participant de natura contractûs.

Quæres, utrùm, ſi conditio purificetur, debeant Parochus, & teſtes certificari? Ope diſtinctionis optimè rem combinat mox *cit. Magnif. P. Schmier d. l. 4. tr. 2. cap. 2. num. 95.* Affirmat, ſi ſit conditio, cujus purificatio non eſt notoria, adeóque, quæ à Parocho, & teſtibus poteſt invincibiliter ignorari: aliàs enim non poſſent aſſerere, matrimonium fuiſſe abſolutè contractum, vel purificatum. Negat opus eſſe ulteriori notificatione, ſi purificatio ſit de ſe notoria, ut ignorari non poſſit v. g. *ſi Imperator Turcam vicerit.* Poteſt etiam matrimonio adjici dies (tanquam terminus *à quo*, non item *ad quem*) modus, demonſtratio, vel cauſa, de quibus omnibus pleniùs agetur ad materiam de contractibus. Nobis ſe offert

29 Effectus matrimonii: eſt autem alius effectus communis reſpectu utriusque conjugis; alius ſingularis reſpectu tum Mariti, tum Uxoris, & alius reſpectu Liberorum.

Effectus communis reſpectu utriusque eſt obligatio *ad cohabitandum*, cùm inducat individuam vitæ conſuetudinem, nec aliàs poſſet ſperari procreatio prolis: *ad debitum conjugale*, ſi legitimô modô, tempore, & locô petatur, reddendum: *ad non alteri reddendum. Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. t. p. 2. §. 8. num. 9. & ſeqq.*

Effectus reſpectu *Mariti* eſt, quòd acquirat poteſtatem maritalem in uxorem, quæ viro tanquam capiti in ordine ad gubernationem, & adminiſtrationem domeſticam eſt ſubjecta, juxta Divinam ordinationem *Gen. 3. v. 16. & ad Ephеſ. cap. 5. v. 22. cap. 16. & 17. cauſ. 33. queſt. 5.* Imperium tamen non ſit deſpoticum, ſed moderatum; quia uxor non ancilla, ſed ſocia eſt, & conſors. *l. 1. ff. de R. N.* (a)

Effectus reſpectu Uxoris eſt, quòd participet dignitatem, nobilitatem, & forum Mariti *l. 8. ff. de ſenat. l. 13. C. de dignitat. l. 6. & ult. C. de Prof. & Med.*

Effectus reſpectu Liberorum præter illud, quòd Pater in illos obtineat patriam poteſtatem, de qua ſuperiùs actum, eſt Legitimitas, ſeu legitima nativitas, id eſt, quòd ſint legitimè nati; qui effectus obtinet, quam-

(a) Hinc ridiculum magis videtur, quàm credibile, fœminis eſſe crines relictos, ut à viris trahi poſſint & ligari, ut quidam tradunt apud Stryck. *diſp. de Alapa cap. 2. n. 20.* Kettner *de Saltation. ſect. 2. cap. 1. §. 15.* Hodiernis moribus, uti non raró uxoris eſt imperium, ita viris longi, fœminis veró breves pendent crines.

quamvis conſtet, uxorem ſæpiùs adulterium commiſiſſe *l. 6. ff. de his, qui ſui, vel alien. jur. l. 11. §. 9. ff. ad L. Jul. de adult.* Imò etiamſi uxor aſſerat, hunc filium eſſe ex adulterio *l. 29. §. 1. ff. de probat.* quia confeſſio non nocet, niſi confitenti, & ejus hæredibus. (a) Obtinet ulteriùs etſi matrimonium fuerit tantùm putativè validum; ubi ſufficit, ſi unus ſaltem conjugum fuerit in bona fide. *cap. 2. & 14. qui fil. ſint leg.*

Limitatur in caſu, quo fuerunt omiſſæ denuntiationes, & matrimonium ob impedimentum cognationis (idem probabilius, & de alio impedimento ob eandem rationem) eſto à contrahentibus ignoratum, fuit nullum. *cap. fin. §. ſi quis. de cland. deſponſ.* Ratio eſt; quia licèt contrahentes quoad impedimentum cognationis fuerint à parte rei in bona fide præſumuntur nihilominus eſſe in ignorantia affectata, adeóque in mala fide, hoc ipſo, quòd omiſerint denuntiationes, quibûs mediantibûs impedimentum occultum fuiſſet palàm factum.

Utrùm ignorantia juris legitimitati noceat; pone, quòd conjuges ignorârint, conſanguinitatem in tertio, vel quarto gradu matrimonium dirimere? Placet negativa, utpote proli favorabilior, cùm reverà partes ſint in bona fide. *P. Reiffenſt. tit. qui fil. ſint leg. num. 6.*

Nec obſtat generalis regula, quòd juris ignorantia ſcientiæ æquiparetur *cap. 82. de R. J. in 6.* & quòd ſit intolerabilis *l. 7. & 8. ff. de J. & F. ignor.* nam hoc ſolummodò procedit reſpectu ignorantis, & quando agitur de lucro captando, non item reſpectu tertii, & quando agitur de damno vitando. Jam in hypotheſi non tantùm noceret parentibus, ſed & liberis, qui planè ſunt extra omnem culpam. (b)

(a) At, inſis, quomodo hæc confeſſio poterit nocere hæredibus? vel ſi nocebit, nocebit etiam filio, quia, ſi eſt legitimus, eſt etiam matris hæres? Vel erit aſſertum pro hac materia imperceptibile? Criſis inexpectata! Nónne ſi uxor faſſa ſit adulterium maritus (ſuppoſito, quod non adſint liberi) dotem lucratur *l. 38. & 47. ff. ſolut. matr.* Imò etſi adſint liberi, ſaltem quoad uſumfructum. *Nov. 117. cap. 8.* An hic confeſſio non nocet hæredibus? Sed hic, pergis, nocebit etiam filio ſaltem quoad uſumfructum, quia eſt hæres matris. Damus hoc, & adhuc plus; nocere nempe matris confeſſionem tum filiis, tum aliis hæredibus quà talibus in omnibus iis, quæ filii habent directè ex voluntate matris: legitimitatem autem non habent directè ex voluntate matris, ſed virtute & vigore matrimonii, quod filios etiam nolentibus parentibus facit legitimos. Hinc aſſertum noſtrum ſatis eſt perceptibile, quòd confeſſio tam hic, quàm in aliis materiis non noceat, niſi confitenti, & hæredibus. Quoad legitimitatem autem filius non venit ut hæres, ſed jure matrimonii

(b) Limitare hanc ſententiam nos cogunt tum Impp. *in l. 4. C. de inceſt. nupt.* tum S. Pontifex *in cap. 10. qui fil. ſint leg.* tum ea, quæ habet Hertius de *matr. putat. §. 17. & 23.* ſi ſit ignorantia juris craſſa affectata, aut omninò juris naturalis, ſecus manet noſtra concluſio, cui etiam favet *l. 57. ff. de R. N.*

§. II.

De Contrariis Matrimonii, ſeu Nuptiarum.

30 Contraria matrimonii ſunt impedimenta, quæ faciunt, ne quis ad nuptias liberè transire valeat. Sunt autem alia impedimenta Impedientia, alia Dirimentia. *Impedientia*, quæ faciunt matrimonium tantùm illicitum, ſed non invalidum. *Dirimentia*, quæ faciunt illicitum, & ſimul invalidum. Impedientia continentur his verſibùs:

Eccleſiæ vetitum, nec non tempus feriarum,
Atque Catechismus, ſponſalia, jungito votum,
Inceſtus, Raptus, ſponſatæ mors mulieris.
Suſceptus propriæ ſobolis, mors presbyteralis,
Aut ſi pœniteat ſolenniter, aut Monialem
Accipiat, prohibent hæc conjugium ſociandum.

Juvat pauciſſimis illa exponere.

Per ECCLESIÆ VETITUM intelligitur, cùm Pontifex, Epiſcopus, aut Parochus certis perſonis inhibet, ne hìc & nunc ad nuptias proſiliant, ſi fortè ſubſit periculum alicujus impedimenti latentis, quòd alibi ſit alteruter deſponſatus, vel adſit ſuſpicio prudens conſanguinitatis *tot. tit. de matr. contraƐt. contr. int. Eccl.* Per TEMPUS FERIARUM intelliguntur illa tempora, quibùs prohibitum eſt, nuptias ſolennes contrahere. Sunt autem ejusmodi nuptiæ prohibitæ à prima Dominica Adventûs usque ad Feſtum Epiphaniæ, ſeu trium Regum; & à die Cinerum usque ad octavam Paſchatis. *Trid. Seſſ. 24. de ref. matr. c. 10.* olim prohibebantur etiam à tribus diebus Rogationum usque ad Octavam poſt Pentecoſten: & tribûs ſeptimanîs ante Feſtum Nativitatis S. Joannis Baptiſtæ. Dictum fuit. *Nuptias ſolemnes*, hoc eſt, cum externa pompa, convivio, & choreis celebrandas; fecùs enim matrimonium per ſe nunquam eſt prohibitum, *c. 4. de feriis.* quamvis in Germania ſupra dictis temporibûs extra caſum neceſſitatis non facilè permittantur. Per CATECHISMUM venit inſtructio in Fide Chatholica, quæ ſolet præcedere Baptismum, & ante januam Eccleſiæ peragi cum interrogatione baptizantis, & reſponſione baptizandi, in cujus locum alius ſubſtituitur. Ex hac Catecheſi incipit reſultare quædam Regeneratio, & propinquitas ſpiritualis inter baptizantem, & baptizandum, nec non inter baptizandum, & reſpondentem *c. 5. de cognat. ſpir. c. 2. eod. in 6.*

Di-

Diſputant, num hoc impedimentum ſublatum ſit? ùt videre eſt apud *Magnif. P. Schmier. d. l. tr. 3. c. 1. n. 108. & Clariſſ. P. Colleg. Böckhn. de cognat. ſpirit. n. 3.* Sed hodie vix erit hujus quæſtionis utilitas, aut difficultas, cùm Patrini reſpondeant, inter quos aliunde oritur impedimentum dirimens cognationis ſpiritualis. SPONSALIA pariter impediunt, ne ſponſi cum alia matrimonium ineant, hôc ipsô, quòd habeant invicem jus ad rem, ſi tamen fuerit contractum, valet. *c. 22. & 31. de ſponſal. arg. l. 15. C. de R. V.* cùm ſecunda per matrimonium jam obtineat jus in re. Per VOTUM hic intelligitur votum ſimplex caſtitatis, aut ingredendi Religionem, vel ſuſcipiendi ordines *c. 4. & 6. qui Cler. vel vov.* quod etiam facit matrimonium illicitum, ſed non invalidum; cùm non importet corporis traditionem; adeóque poſſit vovens de illo adhuc valide diſponere *arg. d. l. 15. C. de R. V.* Excipitur votum in Societate JESU poſt biennium probationis emiſſum, quod, etſi ſimplex ſit, matrimonium dirimit, niſi fuerit à Superiore in dimiſſione remiſſum. Ita *Bulla Gregor. XIII.* quæ incipit *Aſcendente Domino.* Excipiunt etiam votum illud ſimplex, quô uxor, quæ permittit Marito licentiam ſuſcipiendi Ordines ſacros, ſe obſtringit, docéntque matrimonium dirimere etiam poſt mortem Clerici mariti. Probant hoc *ex c. 10. & 11. diſt. 28.* ubi, qui cum tali voto contraxerunt, ſeparari jubentur: nec non ex *c. 12. ead. diſt. & ex c. 14. diſt. 32.* Rationem ponunt in reverentia, quæ debetur ſacris ordinibus. His tamen ægrè accedere videtur, imò non videtur *Clariſſ. D. P. Colleg. Böckhn. tit. qui Cler. vel vov. n. 21.* qui non improbabiliter exiſtimat *d. c. 10. diſt. 28.* intelligi poſſe de ſeparatione quoad cohabitationem, non quoad vinculum. Reliqui textus ſunt tantùm prohibentes.

Quæres, num ſit idem votum caſtitatis, & votum non nubendi? Eſto in ordine ad impedimentum matrimonii ſint idem; non tamen ſunt idem in ordine ad debitum conjugale; nam qui poſt emiſſum votum de non nubendo matrimonium contraxit, licèt contrahendô peccet, non tamen peccat ampliùs reddendô, vel exigendô debitum; hoc ipſo enim, quòd matrimonium jam ſit contractum, votum de non nubendo redditur planè impoſſibile, ſuámque vim obligandi amittit. Idem de voto ſuſcipiendi ordines, aut ingrediendi Religionem; cùm vota illa ampliùs obſervari nequeant. Econtra qui votum caſtitatis emiſit, non tantùm peccat contrahendô matrimonium, ſed etiam poſtea petendô (non tamen reddendô) debitum conjugale *arg. c. 3. de converſ. conjug. Clariſſ. P. Schmalzgrub. qui Cleric. vel vov. n. 114. & ſeq.* Ratio differentiæ, ùt mihi videtur, hæc eſt, quòd votum non nubendi, vel ingrediendi religionem, aut ſuſcipiendi ordines, reſpiciat principaliter unicum actum, cui ſi vovens contravenerit, peccat quidem, ſed votum ſimul, cùm objectum

Digitized by Google

ctum principale ampliùs non habeat, evaneſcit, ſeu tollitur: votum caſtitatis autem non unicum actum reſpicit, ſed tractum temporis, & abſtinentiam ab omni actu carnali importat, conſequenter per hoc, quod ſemel contra actum fuerit, non extinguitur, ſed manet obligatio in vovente, quantum eſt ex ſe, votum impoſterum ſervandi: hinc licèt poſſit debitum ob jus alteri quæſitum reddere, non tamen poteſt petere.

Nec obſtat, quòd, qui votum Religionis, vel ſuſcipiendi ordines emittit, hoc ipſo etiam ſe obliget ad caſtitatem ſervandam; nam hoc tantùm eſt per accidens, & non aliter, quàm quamdiu manet obligatio Religionem ingrediendi, vel Ordines ſuſcipiendi, hâc autem per contraventionem ſublatâ, tanquam voti objectô principali, etiam ceſſat obligatio acceſſoria ſervandi continentiam.

31 INCESTUS conſtituit impedimentum impediens, ſi nimirum Maritus (idem proportionaliter de Uxore ob identitatem rationis; nec non ob *c. 19. & 20. cauſ. 32. q. 7.*) ſe carnaliter commiſceat cum conſanguinea uxoris ſuæ: hoc quippe caſu nec Maritus, nec complex inceſtuoſa, Uxore quamvis mortua, poſſunt ampliùs cum quacunque alia perſona (inter ſe enim aliunde eſt impedimentum dirimens) licitè matrimonium contrahere *c. 1. & 4. de eo, qui cogn. conſ. uxor.* RAPTUS tunc conſtituit impedimentum impediens, ſi quis ſponſam alterius violenter rapuerit. Hic in pœnam, quòd voluerit conjugium alterius impedire, ipſemet impeditur impoſterum cum quacunque (nam cum rapta rurſus eſt impedimentum dirimens) conjugium inire *c. 34. cauſ. 27. q. 2.* hôc impedimentô etiam implicatur rapta, ſi in raptum conſenſerit. SPONSATÆ MORS MULIERIS, id eſt, conjugicidium, ſi nempe conjux conjugem ex ira, odio, rancore occidat, impeditur impoſterum matrimonium contrahere: In hujuſmodi conjugicidium graviſſimè invehitur Stephanus Pontifex in *c. 8. cauſ. 33. q. 2.* SUSCEPTUS PROPRIÆ SOBOLIS: ſi quis extra caſum neceſſitatis ex induſtria malitioſè, & animô privandi alium conjugem debitô conjugali, propriam ſobolem ad Baptiſmum teneat, mortua uxore non ampliùs licitè matrimonium contrahit *c. 5. cauſ. 30. quæſt. 1.* MORS PRESBYTERALIS. Idem dicendum, ſi quis Presbyterum occidat, & de hoc fuerit in judicio convictus *c. 2. de pœn. & remiſſ.* AUT SI POENITEAT SOLENNITER. Intellige, ſi quis ob delictum juſſus fuerit publicam pœnitentiam agere, illa durante non admittitur ad matrimonium contrahendum *c. 16. & ult. cauſ. 33. q. 2.* AUT MONIALEM ACCIPIAT. Ille quippe, qui cum Moniali, ſeu virgine DEO ſacrata matrimonium de facto inivit, in pœnam hujus attentati conjugii nullam aliam ampliùs licitè ducere poteſt

c. 13.

Digitized by Google

c. 13. cauſ. 27. q. 1. Porrò ex his impedimentis impedientibus vigere ſolùm quatuor, ſcilicet

Tempus ſacratum, vetitum, ſponſalia, votum.

Adeóque reliqua, præſertim quæ oriuntur ex delicto per generalem conſuetudinem eſſe abrogata, docent Authores paſſim, uti teſtatur cum aliis *P. Engel de Matrim. contract. contr. inter. Eccl. §. 1. num. 12.*

Impedimenta dirimentia pariter his verſibus numerantur quatuordecim: 32

Error, conditio, votum, cognatio, Crimen,
Cultûs diſparitas, vis, ordo, ligamen, honeſtas,
Si ſis affinis, ſi fortè coire nequibis,
Si Parochi, & duplicis deſit præſentia teſtis,
Si mulier ſit rapta, loco nec reddita tuto;
Hæc ſocianda vetant, conjugia facta retractant.

Primum itaque impedimentum dirimens eſt ERROR, qui, ſi fuerit ſubſtantialis, dum nimirum quis decipitur circa prædicata ſubſtantialia (ſunt autem prædicata ſubſtantialia, ad quæ præſumitur eſſe alligata intentio contrahentium) facit matrimonium nullum: ùt ſi quis ducat Titiam credens eſſe Bertham: quia conſenſui nihil magis contrarium eſt, quàm error *l. 15. de Juriſd.* Idem, ſi credat, ſe ducere primo-genitam, & erat ſecundo-genita: quod tamen cum grano ſalis intelligas, oportet: ſi videlicet petiit primo-genitam, & illi ſubſtituitur ſecundo-genita. Nam alius eſt caſus, ſi tu ambas ſorores à facie, & perſona noveris, ſtaturâ majorem tamen, etiam natu majorem, ſeu primo-genitam crediderís, & erat ſecundo-genita, eámque duxeris, valebit matrimonium; quia non eſt error in perſona, ſed in qualitate; & quamvis in foro interno ad intentionem contrahentis attendendum, in foro tamen externo non præſumitur, alligâſſe intentionem ad hanc, vel illam qualitatem; ſed unicè, vel ſaltem primariò, ad perſonam, quæ illi fuit nota. Hinc debebit contrahens per circumſtantias probare, ſe ad hanc, vel illam qualitatem, puta, primo-geniture, nobilitatis &c. alligâſſe intentionem; pro cujus faciliori intellectu tradit ex *Clericato* aliquot regulas *Magnif. P. Schmier d. l. 4. tr. 3. c. 2. n. 183. & ſeqq.* Interim certum eſt, conditionem ſervilem inducere impedimentum dirimens: ſi quis fortè putans, ſe liberam ducere, cum ancilla contrahat *vid. c. 1. 2. & ult. de conjug. ſervor.*

Secundum impedimentum dirimens eſt CONDITIO *impoſſibilis de jure*, ſi talis ſit, quæ repugnet ſubſtantiæ matrimonii: dicitur autem

 re-

repugnare ſubſtantiæ matrimonii, quæ vel eſt *contra bonum prolis* (v.g. *te duco, ſi prolem evitaveris*) vel contra *bonum Sacramenti* (*te ducam, donec ditiorem, aut pulchriorem invenero*) vel contra *bonum fidei*, ſcilicet conjugalis (*te duco, ſi alteri te adulterandam dederis*) ejusmodi igitur conditiones faciunt matrimonium nullum. (a) Reliquæ conditiones impoſſibiles, ſive ſint naturâ impoſſibiles v. g. *ſi hircocervum in dotem dederis*; ſive de facto: *ſi mare ebiberis, aut montem transtuleris &c.* habentur pro non adjectis, id eſt, rejiciuntur, ita, ut matrimonium valeat, conditio verò in favorem matrimonii habeatur, ac ſi non eſſet adjecta *cap. ult. de condit. appoſ.* Non enim præſumuntur partes in ipſo negotio principali, utpote in re tam gravi, ſed potiùs in ipſa adjectione conditionis jocari, & ideo illam velle habere pro non adjecta. Nec intereſt, utrùm ſit conditio impoſſibilis de futuro, de præſenti, vel de præterito ob generalitatem textûs.

Excipitur conditio impoſſibilis de jure, quæ, ſi fuerit concepta de præterito, non rejici, ſed attendi debet, cùm non ampliùs invitet ad delinquendum. Unde ſi dixero: *Te duco, ſi Matrem tuam occidiſti;* valor contractûs dependet à veritate conditionis. Dixi ſuprà: *non præſumuntur partes;* eſt tamen tantùm præſumptio *juris*, quæ admittit probationem in contrarium, *non juris & de jure.* Si igitur contrahentes per errorem putâſſent, conditionem eſſe poſſibilem, & hoc probare velint, erunt audiendi: ceſſat etiam hæc præſumptio, ſi ex circumſtantiis appareat, conditionem impoſſibilem fuiſſe adjectam ad indicandam diſplicentiam matrimonii. *P. Engel d. t. n. 13.* Item, quando contrahens ignoravit deciſionem *cit. cap. ult. de condit. appoſ.* hinc cum fœminis quibusdam caſibus permiſſum ſit ignorare jus, rariſſimè continget, ut tale matrimonium valeat, niſi probetur, fœminam fuiſſe de hac juris diſpoſitione edoctam.

33 Controverſia deprædicata eſt, utrùm conditio (idem de voto) de ſervanda caſtitate, vel de non petendo debito, ſit contra ſubſtantiam matrimonii, adeóque faciat illud nullum? Affirmativæ patrocinatur *P. Engel d. t. n. 10.* & alii paſſim. Nec deſunt rationes; ſiquidem

Pri-

(a) Huc etiam ſpectat Error conditionis ſervilis, qui etiam matrimonium dirimit, eſto conditio ſervilis ſit qualitas accidentalis. vid. *c. 2. & ult. de conjug. ſervor.* valet tamen inter ſervum & ancillam; vel inter liberum & ancillam, aut viciſſim, ſaltem de Jure Canonico, ſi ſciverint conditionem; *c. 1. & 2. d. t. c. 1. cauſ. 29. q. 2.* Ita ut probabiliùs (eſto cum communiori contrarium quoad ingenuitatem & ſervitutem teneat *Clar. D. P. Schmalzg. de nat. ex lib. vent. n. 5.*) quoad omnia ſequantur conditionem patris. *arg. l. 19. ff. de ſtat. hom.* Nec obſtat, quod partus ventrem ſequatur *l. 7. C. de R. V. l. 22. de agricol. & cenſit.* Nam hoc tantùm verum eſt extra, non intra matrimonium, vid. tamen *c. 3. de conjug. ſervor.*

Primò, talis conditio repugnat bono prolis. Secundò, ad valorem matrimonii requiritur traditio corporum ad uſum humanæ generationis, adeóque jus exigendi debitum conjugale. Tertiò, quia in ejuſmodi matrimonio deficit conſenſus in actus conjugales; quapropter ipſum matrimonium deficiat, neceſſum eſt. Quartò, quia hoc modo tolleretur finis primarius matrimonii, qui eſt generatio prolis. Quintò, quia certum eſt, votum caſtitatis eſſe ſaltem impedimentum impediens, ut ſuperiùs notatum eſt. His tamen non obſtantibûs negativam egregiè defendunt *Magnif. P. Schmier d. l. 4. tr. 2. c. 2. n. 119. Clariſſ. D. P. Collega Böckhn de condit. appoſ. n. 33. & ſeqq.* quibus & ego eò libentiùs accedo, quò minùs aliqua repugnantia oſtendi poteſt. Nam indubitatum eſt

Primò, de eſſentia matrimonii non eſſe ejus uſum, ſeu actuale exercitium: nuptias enim non concubitus, ſed conſenſus facit *l. 30. ff. de R. J.* Multò minùs erit de illius ſubſtantia obligatio ad copulam actualem, ſeu formalem: contrarium enim patet ex caſtiſſimo conjugio Beatiſſimæ Virginis cum D. Joſepho, S. Henrici Imperatoris cum D. Chunegunde, & aliis, quos allegat *laud. Magnif. ibid.* Extra dubium eſt Secundò, non obſtante, quòd dominium ſit libera facultas de re nomine proprio diſponendi, poſſe nihilominus in aliis rebus fundi proprietatem ſeparari ab uſufructu; Item dominium directum ab utili, naturale, ſeu radicale ab actuali, ſeu civili, uti patet in uſufructu, feudo, dote. Quomodo hic ſalvabis ſubſtantiam dominii, niſi per facultatem radicalem? Si fortè reſpondeas, dominium in his caſibus adhuc habere ſuos effectus notabiles: nec enim uſusfructus perpetuò durat, ſed ad vitam tantùm uſufructuarii: unde proprietario remanet ſpes conſolidationis: in feudo præſtantur ſervitia; in dote competit uxori quibûsdam caſibûs rei vindicatio. Econtra matrimonium ſub tali pacto, ſeu conditione initum nullum habet effectum. Si, inquam, ita reſpondeas, laborat hic diſcurſus falsô ſuppoſitô: Nam tranſlata radicalis facultas ſuo effectu non deſtituitur. Nónne ex tali matrimonio poterit legitimari proles, validè ſaltem exerceri copula, & exinde filii legitimè naſci, imò ipſum exercitium mutuo partium conſenſu, ſi à pacto hoc recedere placuerit, fieri licitum? Admittitur Tertiò, ab ipſis Patronis ſententiæ adverſæ, poſſe conjuges poſt contractum matrimonium pactô caſtitatis ſe obſtringere; conſequenter ſignum eſt, quòd ejus ſubſtantiæ non repugnet; aliàs deberet matrimonium transformari in aliud negotium; uti patet ex *l. 8. ſ. fin. & l. 10. ff. de R. C.* ubi ſi re ab initio depoſita, ſuperveniat pactum, ut liceat depoſitario re uti, ſtatim tranſit in mutuum; quia obligatio reſtituendi eandem rem in

R 2 ſpe-

ſpecie, non poteſt ſimul ſtare cum obligatione reſtituendi rem in genere. Hinc pariformiter ſuppoſitó, quòd hoc pactum, ſeu conditio ſubſtantiæ matrimonii repugnet, nunquam, nec ab initio, nec in decurſu poterit cum illo conciliari; quia, quod ſemel eſt tale, ſemper manet tale. Indubium eſt quartò, poſſe contrahi matrimonium cum intentione ingrediendi Religionem, ùt clarè eruitur *ex cap. 16. de ſponſal.* quis dicet, in hoc caſu talem contrahentem habere animum transferendi jus in actualem copulam, ſeu exercitium matrimonii? Jam, quid vetabit, ſi ambo hanc intentionem manifeſtent? En ponimus tibi caſum apertum, & facilè dabilem. Suſcepta eſt proles extra matrimonium: Partes complices pœnitentiâ ductæ ad frugem melioris vitæ tranſire ſuſpirant, ſed prole priùs per ſubſequens matrimonium legitimatâ. An hoc fieri poſſe negabis? An dices, hoc in caſu partes conſentire in jus ad actualem copulam, dum tamen uterque ſuam intentionem ingrediendi, datâ opportuna occaſione, religionem manifeſtavit? His probè notatis ſua ſponte ruunt fundamenta contraria.

Ad primum equidem nota eſt reſponſio, non repugnare poſitivè, ſed tantùm negativè; quatenus contrahentes nolunt copulam exercere, cui utique, ſi volunt, poſſunt mutuo conſenſu renunciare; neque bonum prolis tam latè ſe extendit, ut obligentur conjuges ad dandam operam generationi: Illa autem conditio matrimonium vitiat, quæ poſitivè bono prolis repugnat, ſi nimirum vellent exercere copulam, & deinde mediis illicitis impedire actualem generationem prolis. *Ad ſecundum* reſpondetur, fieri traditionem corporum ad uſum humanæ generationis ſine actuali exercitio; ſicuti, ſi uni tradam rem cum dominio ſine actuali uſufructu, quod fieri poſſe, nemo negat. Adeſt inſuper jus, & obligatio mutua ad petendum, & reddendum debitum conjugale, ſaltem radicaliter, licèt non actualiter, per quod ſufficienter ſalvatur ſubſtantia matrimonii; uti patet in caſu, quo poſt matrimonium contractum intervenit pactum de ſervanda caſtitate. Accedit, quòd intra bimeſtre nullus contrahentium habeat jus ad actualem copulam, cùm cuilibet liberum ſit ingredi Religionem. Deinde quid, ſi demus Adverſariis pacto hoc non obſtante, adeſſe ex utraque parte jus, & obligationem actualem mutuam, ſed non ad actu petendum, vel reddendum debitum? Nónne ſtante actuali ambulatione retineo actualem potentiam ad ſedendum, eſto hic & nunc impeditam, ſtante ambulatione? Ita pariter ſtante pacto de ſervanda caſtitate habeo potentiam, ſeu jus actuale (id eſt actu) ſed non ad actu petendam copulam, cùm pactò ſit impeditum, & tam parùm poteſt conjungi actualis ambulatio cum ſeſſione, quàm parùm actuale exercitium copulæ cum pacto de ſervanda caſtitate. Hinc

Ad

Ad tertium, deficit in tali matrimonio conſenſus ad actus conjugales actualiter, & licitè exercendos, non item ad illos exercendos potentialiter, & in actu primo, quatenus uterque contrahentium in jus, & obligationem ad conjugales actus petendos, & reddendos ita conveniunt, ut, ſi inter tales conjuges exerceantur, non ſint fornicarii, ſed ſufficiant ad legitimitatem, vel legitimationem, &, ſi cum tertio fiant, ſint adulterini. Neque etiam verum eſt *Ad quartum*, finem matrimonii eſſe actualem generationem prolis, ſed tantùm potentialem; ſiquidem generatio prolis actualis eſt finis copulæ, non matrimonii, aliàs ſteriles non poſſent matrimonium contrahere. Deinde Adverſarios ſemper torquet inſtantia de pacto matrimonium ſuperveniente, vel de iis, qui cum intentione ingrediendi Religionem matrimonium contrahunt, qui tam parùm in actus conjugales, quàm in actualem generationem prolis conſentiunt. Quòd autem *Ad quintum* votum caſtitatis ſit impedimentum, ſaltem impediens; hoc intelligitur, ſi velint partes contrahere cum facultate exercendi copulam, ſeu uſûs matrimonialis.

Tertium impedimentum dirimens eſt VOTUM SOLENNE in 34
Religione approbata emiſſum, id eſt, ipſa profeſſio religioſa, & votum ſacris ordinibus ſcilicet majoribus annexum. *c. un. qui Cler. v. vov. in 6. c. ult. de vot. & vot. redempt. eod.* Differunt tamen in eo, quòd profeſſio religioſa non tantùm dirimat matrimonium poſtea contrahendum, ſed etiam antea contractum, ſi nondum fuerit conſummatum, ita, ut pars altera poſſit liberè tranſire ad alias nuptias. Ordines econtra tantùm dirimunt matrimonium poſtea contrahendum, non etiam contractum, eſto, tantùm ratum, & necdum conſummatum fuerit. *Extravag. un. Joann. XXII. de vot. & vot. redempt.* Ratio diverſitatis ſica eſt in ſpeciali favore Religionis, quatenus illa involvit ex natura ſua tria illa vota caſtitatis, paupertatis, & obedientiæ, ita, ut Religioſus cenſeatur ſæculo mortuus. Ordinibus econtra votum caſtitatis eſt tantùm ex conſequenti, & per accidens annexum, cùm abſolutè loquendo poſſet in Clerico quà tali fieri in hoc voto diſpenſatio; non item in Religioſo quà tali; quia hæc tria vota ſunt ejus conſtitutivum. *arg. cap. 6. de ſtat. Monach.*

Si quæras, quo jure profeſſio religioſa matrimonium dirimat? Reſpondemus jure naturali, & Divino: ſiquidem profeſſio religioſa ex diſpoſitione Eccleſiæ habet vim traditionis, conſequenter cùm profeſſus in Religione approbata jus ſui corporis jam in DEUM transtulerit, jure naturali eſt inhabilis ad jus illud alteri tradendum: ſicut ille, qui rem venditam jam tradidit, alteri ampliùs nullatenus vendere poteſt. Et in hoc conſiſtit differentia inter votum ſolemne, & ſimplex, quòd il-

Digitized by Google

lud ex diſpoſitione Eccleſiæ obtineat vim traditionis, non item iſtud. Ita quoad rem *Clariſſ. D. P. Böckhn qui cler. vel vov. n. 31.*

Quid, ſi ſacri Ordines fuerint invito, vel infanti, aut impuberi collati, an matrimonium dirimant? Reſpondetur negativè: Non, ſi invito, quia Eccleſia, utpote benigna Mater, non vult in re ſummè ardua invitum obligare *c. 9. de ætat. qual. & ord. præf. c. 8. 9. & 10. cauſ. 20. q. 1. Clariſſ. D. P. Benedictus Schmier cit. tit. §. 1. n. 4.* Non, ſi infanti, quia, eſto, collatio ordinum ex communiori valeat. *arg. cap. ultim. de temp. ordin.* deficit tamen conſenſus ad votum caſtitatis, tanquam negotium de conſilio, non de præcepto requiſitus: Non ſi impuberi, ob judicium nimis debile, & ad tam gravem obligationem ſuſcipiendam vix ſufficiens. vid. tamen *Mag. P. Schmier d. tr. 3. c. 5. n. 7. & ſeqq.*

35 Quartum impedimentum dirimens eſt COGNATIO; quæ eſt *vinculum perſonarum, faciens, ne quis poſſit validè matrimonium contrahere.* Eſtque triplex, *Carnalis. Spiritualis*, & *Legalis.* De quibus ordine

Cognatio carnalis, ſeu conſanguinitas *eſt vinculum perſonarum ab eodem ſtipite deſcendentium carnali propagatione contractum.* Dicitur notanter *carnali propagatione contractum*, per quod indicatur, ad conſanguinitatem requiri, ut conſanguinei proximè, vel remotè participent de eodem ſanguine, & ideo dici conſanguineos.

Porrò ad dignoſcendos gradus conſanguinitatis tria ſunt conſideranda, Stipes, Linea, & Gradus.

Stipes eſt illa perſona, à qua illi, de quorum cognatione hic & nunc quæritur, originem ducunt. Sic PATER eſt ſtipes reſpectu *filiorum*, ſeu (reſpectivè) *fratrum.* AVUS reſpectu *Nepotum.* *Linea* eſt *ſeries perſonarum ab eodem ſtipite deſcendentium.* Quæ rurſus alia Recta, alia Obliqua. *Recta*, in qua ponuntur perſonæ, quarum una aliam genuit; & hæc iterum vel *Aſcendens*, in qua ponuntur perſonæ, quæ nos genuerunt v. g. Pater, Avus, Proavus, Abavus, vel *Deſcendens*, in qua locantur perſonæ, quas nos genuimus v. g. Filius, Nepos, Pronepos, Abnepos. *Obliqua*, in qua locantur perſonæ, quarum una aliam non genuit, ſed ab alia ſunt genitæ v. g. duo fratres, & illorum filii invicem.

Gradus eſt illa diſtantia, qua una perſona ab alia diſtat. His præcognitis traduntur tres regulæ.

PRIMA eſt: de JURE CIVILI indiſtinctè tam in linea recta, quàm obliqua: *tot ſunt gradus, quot generationes*, ſeu *tot ſunt gradus, quot ſunt perſonæ unâ demptâ*, vel, quod facilius eſt, *ſtipite dempto*, quæ regula in linea recta etiam procedit de JURE CANONICO. Hinc Petrus v. g. diſtat utroque jure ab Abavo ſuo quarto gradu; quia inter Petrum, & ejus Abavum ſunt quinque perſonæ, ſcilicet ipſe Petrus,

Digitized by Google

illius Pater, Avus, Proavus, Abavus. Jam unâ demptâ remanent quatuor. Idem dicendum de Petro reſpectu ſui Abnepotis. In linea collaterali de JURE CANONICO alia eſt regula in linea *æquali*, quando ſcilicet tot ſunt perſonæ ex una, quàm ex altera parte: Alia in linea *inæquali*, quando ex una parte plures numerantur, quàm ex altera. Hinc ſequitur

SECUNDA REGULA: *In linea collaterali tot gradibus diſtant inter ſe, quot gradibus alteruter diſtat à communi ſtipite.* Unde duo fratres de Jure Canonico (ſecùs de Jure civili, ubi diſtant duobus gradibus, quia ſunt tres perſonæ, Pater, & duo filii, ſeu fratres, adeóque unâ demptâ remanent duo) diſtant uno gradu, quia uterque frater, ſeu alteruter à ſtipite, nimirum Patre uno gradu diſtat: ergo etiam uno gradu diſtant inter ſe. Item duo fratrum filii diſtant duobus gradibûs, quia alteruter à ſtipite (qui eſt Avus) duobûs diſtat gradibûs. De Jure verò civili diſtant quatuor gradibus, ſeu ſunt in quarto gradu conſanguinei, quia dempto ſtipite, ſeu demptâ unâ perſonâ, v.g. Avô, remanent adhuc quatuor, ſcilicet duo fratres, & illorum duo filii.

TERTIA REGULA eſt: *In linea collaterali inæquali tot gradibus diſtant inter ſe, quot gradibus remotior diſtat à ſtipite.* Hinc fratris filius, rurſus ipſe Petrus, diſtat à Patris ſui fratre, ſeu à ſuo Patruo ſecundo gradu; quia fratris filius, ſcilicet Petrus diſtat à ſtipite ſecundo gradu, conſequenter eodem gradu diſtat à ſuo collaterali. Econtra de Jure civili diſtat tertio gradu, quia dempto ſtipite, nimirum Avo ſuperſunt adhuc tres perſonæ, videlicet fratris *filius*, ſeu Petrus, ipſe *frater*, ſeu Pater, & Patris *frater*. Hanc materiam præ aliis ad captum, ut aliàs ſolet, exponit *Prænob. ac Clariſſ. D.D. Ayblinger p.m. meus quondam Profeſſor Colendiſſ. h.t. part. 3. §. 3. à num. 207.*

De bonitate harum regularum, & quænam computatio ſit accuratior, noſtrum non eſt diſſerere, quibus nempe ſcire ſufficit, computationem Juris Canonici tantùm attendi in cauſis matrimonialibus: In ſucceſſionibus verò, ac in aliis materiis proceditur juxta regulas juris civilis, uti paſſim teſtantur Authores. Jam

Quæres, in quoto gradu matrimonium ſit prohibitum? Secernen- 36
dum jus naturæ à jure poſitivo. Jure naturali tantùm eſt prohibitum in primo gradu lineæ rectæ, videlicet inter Patrem, filiam, vel inter Matrem, & filium, ob eſſentialem reverentiam, quam filii debent Parentibus, quæ vel planè tolleretur, vel ſaltem notabiliter minueretur, ſi filia fieret uxor Patris, & ex matrimonio acquireret jus æquale, vel filius maritus Matris, ubi planè acquireret poteſtatem maritalem, ac

Ma-

Matrem ſibi ſubjectam haberet; argumentô eorum, quæ ſuperiùs de effectu matrimonii diſſeruimus.

Dixi in *primo gradu*, nec ulteriùs, ùt optimè probat *Magnif. P. Schmier d.tr. 3. c.3. §.4. per totum.* prohibitio hæc ſe extendit, quia ceſſat illa eſſentialis reverentia, ſeu nexus principii, & principiati; filius enim non tam eſſentialiter dependet ab Avo, ſicut à Patre; cùm filii Adami non habuerint Avum.

Dixi *lineæ rectæ*: in linea enim obliqua matrimonium de jure naturali in nullo gradu eſſe prohibitum, rurſus probat idem Magnif. *d. §. n. 49.* Quæ ſententia ex eo ſolidè evincitur, quòd in prima mundi geneſi filii Adami Protoparentis noſtri debuerint ſorores ducere; quod factum haud fuiſſet, ſi juri naturali repugnaret: nec credendum, Authorem naturæ DEUM voluiſſe ſtatim ponere talem legem, vel tales circumſtantias, in quibus ſtatim debuiſſet diſpenſare. Ad contraria reſpondet *laud. Magnif. d.l.*

De Jure poſitivo conſanguinitas matrimonium dirimit in linea recta in infinitum. Id, quod de jure civili certum eſt *ex l. 53. ff. de R.N.* & de Jure Canonico non obſcurè receptum in *cap. 2. cauſ. 35. q. 2. & 3.* atque aliunde tacitè approbatum.

Neque obſtat *c. 8. de conſ. & affinit.* ubi hoc impedimentum non extenditur ultra quartum gradum: nam *cap.* intelligendum de linea transverſali, in qua jure noviori matrimonium tantùm eſt prohibitum usque ad quartum gradum, ſive ſit conſanguinitas ex copula licita, ſive illicita. *P. Engel de conſ. & affinit. §. 1. n. 10.* Dictum fuit *jure noviori.* Olim enim erat prohibitum usque ad gradum ſeptimum *r. c. 7. cauſ. 35. q. 2.*

Ex his colliges, poſſe S. Pontificem in omnibus gradibus (excepto primo gradu lineæ rectæ) diſpenſare, cùm nec obſtet jus naturæ, ùt probatum eſt; nec Divinum, quia impedimenta juris Divini Veteris Teſtamenti erant tantùm Legis cæremonialis, quæ per Teſtamentum novum eſt emortua.

Diximus *poſſe.* Vix tamen diſpenſabit in ſecundo gradu lineæ rectæ, vel primo lineæ obliquæ, ob emergens periculum indecentiæ.

Altera ſpecies Cognationis eſt SPIRITUALIS, quatenus ortum trahit à generatione ſpirituali. Eſtque *propinquitas perſonarum ex baptiſmi, vel confirmationis adminiſtratione, ac ſusceptione proveniens.* Ratio eſt, quia in Baptiſmo homo ſpiritualiter generatur, fitque homo ſpiritualis. In Confirmatione regeneratur in ſpecialem ſervum, & militem Chriſti. *c. 1. cauſ. 30. q. 3.* Sicut autem generatio carnalis duplex eſt: una in utero; altera, quâ in lucem producitur; ita & ſpiritualis, ùt optimè diſcurrit *Clariſſ. D. P. Colleg. Böckhn de Cognat. ſpir. num. 5.* Et li-

licèt in *c. 8. & 9. d. cauſ. q. 1.* etiam illi; quos pœnitentiâ ſuſcipimus, dicantur filii: hæc dictio tantùm eſt metaphorica; cùm Sacramentum pœnitentiæ tribuat gratiam ſanantem, & reconciliantem, non generantem. Hæc cognatio poſt *Conc. Trid. ſeſſ. 24. de ref. matr. c. 2.* dirimit matrimonium inter *Baptizantem*, & *Baptizatam: Confirmantem*, & *Confirmatam* inter *Patrinos*, & *Baptizatam*, ſeu *Confirmatam*, ejúsque *Parentes* (a)

Quid, ſi plures, quàm unus, vel duo contra diſpoſitionem *cit. Trid. d. c. 2.* ex incuria admittantur? Reſpondetur, ſi fuerunt à Parentibus deſtinati, omnes cognationem contrahere, ſi omnium acceſſerit contactus phyſicus; ſecus, ſi motu proprio accedant. *P. Reiffenſt. d. t. num. 20. & ſeqq.*

Quid, ſi quis levaret infantem per Procuratorem? Reſpondetur, probabiliùs contrahi cognationem cum ipſo Principali: quia, quod quisque per alium facit, per ſe ipſum feciſſe cenſetur. Neque deficit contactus phyſicus; quia ponitur per Procuratorem.

Tertia ſpecies cognationis eſt LEGALIS, quæ oritur ex adoptione, ſeu hodie potiùs ex arrogatione (adoptio enim, ſi eſt perfecta, impedimentum continet, ſi eſt imperfecta, non inducit (b) impedimentum) dirimítque matrimonium inter perſonas triplicis ordinis. I. Inter illas, quæ habentur parentum, & liberorum locô, puta inter adoptantem, & adoptatum, hujúsque deſcendentes, inter quos matrimonium conſiſtere nequit. *§. 1. Inſt. de Nupt. l. 55. pr. ff. de R. Nupt.* II. Inter Collaterales, ſcilicet inter liberos adoptantis naturales ſimul, ac legitimos, & ipſos adoptatos, qui habentur locô fratrum *cap. un. de cognat. leg. l. 17. ff. de R. N.* III. inter illos, qui habentur ùt affines, videlicet inter uxorem patris adoptivi, aut ejus matrem, vel materteram, & inter adoptatum, ac denique inter adoptantem, & uxorem adoptati vid. *d. l. 14. & 55. ff. de R. N. §. 5. Inſt. de Nupt.* In primo, & ter-

S tio

(a) Requiſita ut oriatur hoc impedimentum ſunt (1.) ut collatio Sacramenti valeat, ex vulgata regula *in c. 52. de R. J. in 6.* (2.) ut levans ſit præſens dum Baptismus confertur, & non forte dum tantum ſupplentur ſolemnitates antea ob neceſſitatem omiſſæ, quia non eſt amplius regeneratio (3.) ut ſit à parentibus vel iis, quos cura tenet, deſignatus (4.) ut accedat contactus phyſicus & ut patrinus ipſe (in Baptismo) ſit baptizatus, vel (in confirmatione) ſit confirmatus Obligationes patrinorum vid. *in c. 105. diſt. 4. de conſecrat.*

(b) Contrarium docet *P. Reiffenſt. de cognat. legali num. ult.* ob generalitatem textuum, ſed profecto invitâ utrâque Jurisprudentiâ tum Canonica, cum Civili. Canonicâ, quia hæc ſe conformat civili. *c. 1. de cognat. leg.* Civili quia hæc tantum loquitur de illa adoptione, qua inducitur patria poteſtas; ſunt quippe textus Digeſtorum, qui omnes intelligendi ſunt de adoptione perfecta; ſiquidem imperfecta, uti ſuo loco videbimus, primùm *in l. pen. C. de adopt.* fuit inventa.

Digitized by Google

tio ordine impedimentum eſt perpetuum. In ſecundo verò tamdiu durat, quamdiu durat adoptio *citt. tt.*

37 Quintum impedimentum eſt CRIMEN. Quod duplex. ADULTERII, & CONJUGICIDII. Primum impedimentum incurrunt illi, qui durante legitimo matrimonio adulterium committunt, ac inſuper ſibi invicem fidem dant de contrahendo poſt mortem conjugis innocentis matrimonio, vel matrimonium de facto attentant. *c. 1. pen. & ult. de eo, qui dux in matr. quam poll. per adult.* in hoc caſu complices, quamvis pars innocens, cui fracta fuit fides moriatur, matrimonium ampliùs contrahere non poſſunt. Ratio hujus impedimenti fuit, ne ſpe conjugii futuri ejusmodi actus attententur, ſed conjugati potiùs ab iis abſterreantur, ut tamen hoc impedimentum contrahatur, requiritur. I. Adulterium *formale*, ita, ut utraque pars ſciverit, ſe adulterium committere, ac verâ copulâ *perfectum*. II. Ut adulterio accedat *promiſſio* & *repromiſſio* vera, & ſeria de matrimonio contrahendo, vel III. Ut matrimonium *actu* ſit *attentatum*. Ratio horum eſt: quia eſt materia odioſa, adeóque omnia requiſita propriè, ac ſtrictè ſumenda.

Secundum impedimentum, ſcilicet CONJUGICIDII incurrunt illi, qui ex intentione contrahendi inter ſe matrimonii conjugem interficiunt. *c. 1. de conv. ſid. c. 1. & 6. de eo, qui dux in matr.* ut tamen hoc Impedimentum conſurgat, debet præcedere verum *homicidium*, nec ſufficit attentatum; & quidem ex *ſcientia*, & *conſenſu* utriusque partis complicis, & pariter, ut concurrat *mutua promiſſio* de matrimonio contrahendo; ſicut enim ad prius impedimentum non ſufficit ſolum Adulterium; ita neque ad hoc ſolum conjugicidium niſi fortè Adulterium cum cojugicidio (animô tamen matrimonii contrahendi) concurrant, quo caſu impedimentum dirimens incurritur, etiamſi non acceſſerit mutua promiſſio, uti poſt alios docet *Magnif. P. Schmier. cit. tr. 3. c. 4. ſect. 1. §. 3. per totum.* (a)

38 Sextum impedimentum dirimens eſt CULTUS DISPARITAS, ſeu diverſitas Religionis faciens, ne fidelis cum infideli, ſeu Baptizatus cum non Baptizata, v. g. cum Pagana, Judæa, Saracena matrimonium inire valeat; partim ob periculum perverſionis, partim etiam, quia foret ſummè indecens, ſi fidelis cum tali perſona, quæ Sacramenti incapax eſt, matrimonium iniret.

Dictum fuit *ne fidelis cum infideli*, ſecus dicendum, ſi Catholicus ineat matrimonium cum hæretica, aut viciſſim, quamvis enim tale conjugium ſit illicitum *c. 15. & 16. cauſ. 28. q. 1.* non tamen eſt invalidum

(a) Vid. *cap. 3. de eo, qui dux. in matr. in verbis : Quod ſi adultera.*

Digitized by Google

dum *arg. c. 14. de hæret in 6.* Neque de hoc ampliùs dubitari poteſt, poſtquam ex *Decreto Urbani VIII. die 14. Martii Anno 1630.* ejusmodi matrimonia tolerari poſſe ſtatuitur. Verba ita ſonant: ***Quoad matrimonia jam inita tolerari poſſe mulieres hæreticas, quæ maritos habent Catholicos cohabitare arbitriô Ordinariorum, quamdiu fuerit aliqua ſpes converſionis & nullum ſubverſionis periculum.*** NB. ***ita tamen ut proles catholicè educentur.***

Interrogas, quo jure matrimonia ex diverſitate Religionis ſint irrita? Reſpondetur, cùm nullus exſtet clarus textus, qui ejusmodi matrimonia prorſus annullet, recurrendum eſſe ad Legem Eccleſiaſticam non ſcriptam, ſeu conſuetudinem inveteratam, per quam ſimilia connubia pro nullis, & invalidis fuerunt judicata ***Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn. qui Cler. vel vov. num. 38.***

Septimum impedimentum dirimens eſt VIS, ſeu METUS, quæ li- 39 cèt inter ſe differant, cùm vis inferatur potentiis extrinſecis, & ita tollat ſimpliciter conſenſum, ùt ſi quis ad Eccleſiam per violentiam traheretur, metus verò inferatur potentiis internis, & ſic relinquat conſenſum, cùm etiam coacta voluntas ſit voluntas, ***l. 21. §. penult. ff. quod met. cauſ.*** ac tantùm minuat libertatem, hic nihilominus ſumuntur pro Synonymis.

Definitur autem metus in ***l. 1. ff. d. t.*** quòd ſit ***inſtantis vel futuri periculi causâ mentis trepidatio***, ſeu ***eſt paſſio animi imminens quoddam malum fugientis.*** Incutitur quandoque à cauſa neceſſaria v. g. naufragio, incendio, & dicitur *Intrinſecus*, quandoque à libera ſcilicet ab homine, & nuncupatur *Extrinſecus*, qui rurſus eſt vel Juſtus, vel Injuſtus: ***Juſtus***, qui ex cauſa juſta ab eo, qui habet jus inferendi, incutitur: ***Injuſtus***, quando ſine juſta cauſa, vel à non habente jus incutitur: Uterque eſt vel gravis, vel levis. *Gravis*, qui poteſt movere conſtantem virum, vel, ſi eſt reſpectivè talis, conſtantem fœminam &c. ***Levis***, qui ad ita movendum non eſt ſufficiens, ùt pluribûs tradi ſolet ad materiam de contractibus.

Quæres, qualis ergo metus matrimonium dirimat? Reſpondemus breviter tantùm Injuſtum & Gravem ſive abſolutè, ſive, ſuo ſenſu, reſpectivè talem ***c. 14. 15. & 28. de ſponſalib.*** quia tantùm iſte gravem injuriam infert, & tota ratio, quòd metus contractibus noceat, eſt injuria, quæ infertur metum paſſo. Ex quibus ſua ſponte ſequitur, quòd metus intrinſecus non noceat, cùm cauſa neceſſaria non ſit capax inferendi injuriam: minùs nocet metus Juſtus, hôc ipsô, quòd non ſit injurioſus: quòd ſi ſit Injuſtus, ſed levis, ſibi imputet metum paſſus, quòd fuerit tam meticuloſus. Utrùm autem debeat eſſe incuſſus ad

Digitized by Google

extorquendum contractum, vel an ſufficiat ad dirimendum matrimonium, ſi etiam ex alio fine ſit incuſſus, diſputationi ſubeſt. Sufficere ex quocunque fine ſit incuſſus, defendit *Magnif. D. P. Schmier lib. 3. tr. 3. c. 1. n. 367. & ſeqq. Illuſtris, Clariſſ. ac Conſult. D. Coll. de Herz de Fid. pact. cap. 5. ſect. 1. num. 32.* Contrarium tenet *Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. t. §. 9. num. 65. & D. D. Gletle de pact. cap. ult. §. 1. num. 17.* Verùm de hac quæſtione recurret mentio ad tit. de obligationibus. Interim

Quæres, quô jure matrimonium metu initum ſit annullatum? Reſpondetur, probabiliùs jure naturali. Cùm enim matrimonium inducat obligationem ad ſtatum perpetuum, requirit conſenſum perfectum, & liberum: accedit, quòd aliàs natura deficeret in neceſſariis: ſi enim admitteret matrimonium metu initum valere, deberet metum paſſus ſtare contractui, cui nunquam conſenſum præſtitit, ita, ut neque haberet medium ſe liberandi, cùm matrimonium ſit irreſcindibile.

Nec obſtat, quòd dolus non faciat matrimonium jure naturali nullum. Nam diſparitas eſt, quòd dolus ſit latens, & occultus, ideóque non expediat, matrimonium eſſe nullum ob ſcandala, quæ orirentur; metus autem apertus eſt, & de hoc faciliùs conſtare poteſt: deinde dolus potuiſſet ab induſtrioſo præcaveri, non item metus: Metus inſuper vitiat conſenſum circa perſonam ipſam, non autem dolus, uti ſupponimus. At plura etiam de hac materia reſervamus ſecundis curis. Scire nihilominus deſideras, num etiam ſponſalia metu inita ſint ipſo jure nulla? Et breviſſimè te miſſum facimus reſpondendo affirmativè, ſiquidem eſto ſponſalia poſſint reſcindi, & ex dicendis ſuô locô, contractus reſcindibiles metu initi valeant, cùm tamen inducant impedimentum publicæ honeſtatis, cujus reſolutio à contrahentibus non dependet, verius credimus eſſe ipſo jure nulla, præſertim quia & illa tendunt ad contractum irreſcindibilem.

Octavum impedimentum dirimens ſunt ORDINES MAJORES, de quibus jam actum eſt ſuprà num. 34.

40 *Nonum impedimentum* dirimens eſt LIGAMEN: ſi quis nimirum ſit conjugatus, non poteſt ante mortem conjugis nec licitè, nec validè convolare ad alias nuptias *c. 1. 2. & 3. de ſponſ. duor. c. 31. de ſponſalib.* Siquidem hoc ipſo, quod conjux jus in re in alterum conjugem tranſtulerit, illud ampliùs in tertium tam parum transferre poteſt, quàm parum ille, qui rem uni vendidit, & tradidit, alteri ampliùs vendere, vel diſtrahere valet. Siquidem tam Polyandriam (eſt pluralitas viro-

rorum) (a) quàm Polygamiam (pluralitas fœminarum) (b) non tantùm jure poſitivo, ſed etiam naturali, eſſe prohibitam, probant ea, quæ habet *Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn de ſponſ. duor. §. 2. & 3. per tot.*

Decimum impedimentum dirimens eſt PUBLICA HONESTAS, 41
quæ eſt *Incboata quædam affinitas ex ſponſalitia animorum conjunctione proveniens.* Dicitur: *Incboata quædam affinitas:* nam vera affinitas reſultat ex conjunctione corporum, quæ fit per copulam. Dicitur: *ex ſponſalitia animorum conjunctione:* ut indicetur, non ſufficere qualemcunque animorum conjunctionem, ſed debere eſſe ſponſalitiam, ſive deinde ſint ſponſalia de *futuro*, dummodo ſint valida; ex ſponſalibus enim nullis hodie poſt *Concilium Trid. ſeſſ. 24. de Ref. matr. c. 3.* (ſecus olim, niſi fuerint nulla ex defectu conſensûs *cap. un. de ſponſ. in 6.*) hoc impedimentum non ampliùs reſultat: ſive de *præſenti*, ſcilicet matrimonium ratum, cùm etiam hoc perficiatur ſola conjunctione animorum. Ratio hujus impedimenti fundatur in quadam honeſtate, & convenientia, ut ſervetur reſpectus erga ſponſalia, & matrimonium præcedens: Intercedit enim plerumque inter ſponſos ſpecialis quædam familiaritas per oſcula, & amplexus ad matrimonium ordinata, hinc videbatur eſſe contra pudorem, ac publicam honeſtatem, ut alterutro ex ſponſis ſublato, ineatur matrimonium cum illius conſanguineo, vel conſanguinea. *cap. 11. 12. 14. & 15. cauſ. 27. q. 2. c. 3. & ſeqq. de ſponſ. c. un. eod. 6.* contra hoc tamen non levem difficultatem ex *can. 18. cauſ. 27. q. 2.* & ex *cap. 2. h. t. ex prima collectione à Gonzalez ad cap. 4. d. t.* relato movet *Clariſſimus D. P. Böckhn de ſponſ. §. 7. num. 102.* qui textus dictis hactenus è diametro obſtant. Verùm priorem intelligit cit. Gonzalez de puella non verè deſponſata, ſed à Patre ſimplicibus verbis promiſſa, ſeu potiùs deſtinata: Circa poſteriorem dubitat *Laud. Collendiſſ. D. P. Coll.* usque dum plenâ lecturâ exhibeatur, num ſit genuinus textus Alexandri III. quem præſefert.

Publica Honeſtas olim indiſtinctè dirimebat matrimonium usque ad quartum gradum *d. c. 14. cauſ. 27. q. 2. c. 3. & 8. de ſponſ.* Quod tamen in *Trid. d. ſeſſ. 24. de Ref. matr. c. 3.* immutatum, & reſtrictum eſt,

S 3 ita,

(a) Hic ſubſiſtendum videtur. Siquidem apud Perſas, & Medos licebat uxoribus tot quot vellent maritos ſibi ſeligere, eràtque incivilis, quæ ſaltem quinque non habebat. Apud Britanos 10. & ultra nubere erat permiſſum. Reginam Cingæ quadraginta habuiſſe maritos teſtatur *Clericatus de ſacram. matr. deciſ. 29. num. 4.* Verùm quis neſcit jura naturalia apud plures Gentes fuiſſe conculcata, & hodiedum conculcari.

(b) At hæc videtur approbari *in c. 2. cauſ. 12. q. 1.* Quis non videt, tantùm cujusdam græci ſententiam narrari. Fuit tamen in teſtamento veteri non rarò ex revelatione Divina diſpenſatum, uti notum eſt de Abrahamo Jacobo, Davide & aliis, jung. *lib. 1. Paralipom. c. 3. & lib. 2. c. 11.*

ita, ut ſi oriatur ex ſponſalibus de futuro, ſe non extendat ultra primum gradum: ſi ex matrimonio rato, manet prohibitio usque ad quartum gradum, cùm *Trid.* loquatur de ſponſalibus, quorum nomine veniunt regulariter, & præſertim in materia odioſa, qualis eſt correctoria, tantùm ſponſalia de futuro. Nec etiam deeſt ratio, ſiquidem major eſt conjunctio matrimonialis, quàm ſponſalitia: illa magis publica, quàm iſta.

Dubitatur, utrùm, ſi ſponſalia mutuo conſenſu diſſolvantur, ceſſet etiam impedimentum publicæ honeſtatis? Utraque ſententia habet ſuos Patronos. Affirmat cum aliis *P. Engel de ſponſ. §. 6. num. 3.* Negativæ patrocinatur *Magnif. P. Schmier d. l. 4. tr. 3. c. 3. num. 217. Laud. Clariſſ. D. P. Coll. d. l. num. 108.* quibus & nos accedimus. Rationes moventes ſunt I. quia non tollitur hoc impedimentum, ſi ſponſalia ſolvantur morte *d. c. 14. & 15. cauſ. 24. q. 1.* per quam tamen & conſenſus & omnia ſolvuntur *arg. c. 5. de Reſcript.* ergo neque, ſi mutuo conſenſu. II. quia ratio hujus impedimenti fuit illa conjunctio animorum ſponſalitia cum præſumpta illa familiaritate inter ſponſos per oſcula, & amplexus jam habita, ac exercita, quæ ratio indecentiæ ſemper manet, quocunque demum modo ſponſalia ſolvantur. Adeſt pro hac ſententia *Declaratio Cardinalium de die 6. Julii Anno 1658.* quam *ſub die 10. ejusdem* referente *Fagnano ad c. 4. de ſponſ. num. 29. Alexander VII.* confirmavit.

Neque officit vulgaris regula, quòd aliquid eo modo diſſolvatur, quô colligatum; hoc impedimentum autem fuit introductum mutuo conſenſu, ergo: Nam Minor, ùt vocant, propoſitio hujus diſcurſûs non poteſt non videri ſuſpecta, imò falſa; mutuus enim conſenſus fuit tantùm conditio ſine qua non, cauſa verò principalis diſpoſitio Eccleſiæ ob rationes ſuperiùs allegatas, quæ perdurant eſto ſponſalia diſſolvantur. Minùs ad rem facit, quòd juxta *Conc. Trid. ſeſſ. 24. de Ref. matr. c. 3.* hoc impedimentum ceſſet, quando ſponſalia ex defectu conſenſûs ſunt nulla. Nam Tridentina diſpoſitio intelligitur, quando ab initio ex defectu conſenſûs fuerunt nulla, non item ſi poſtea recedatur ibi: *ubi autem valida fuerint*, atqui hic valida fuerunt: ergo.

Affertur quidem alia Cardinalium Declaratio, ſed cùm noſtra ſit poſterior, ſubintrabit regula: poſteriora derogant prioribus.

42 *Undecimum impedimentum* eſt AFFINITAS quaſi duorum in unum finem unitas: ex eo ita nuncupata, quia cognatio unius per copulam trahitur ad fines cognationis alterius ita, ut dicantur duæ cognationes ſcilicet mariti, & uxoris fieri affines *l. 4. §. 3. ff. de grad. affin. c. 1. c. 35. q. 10.* Definiri poteſt, quòd *ſit propinquitas perſonarum ex car-*

na-

Digitized by Google

nali copula proveniens; carens omni parentela : Dicitur ex *carnali copula*, quæ non ſufficit attentata, ſed debet eſſe *conſummata*, ut fiant mas & fœmina una caro *cap. 11. cauſ. 35. q. 2. & 3. & c. 1. d. cauſ. q. 10.* & ex utraque parte *perfecta c. 18. cauſ. 27. q. 2.* Eſt contra *P. Reiffenſt. de conſ. & affinit. num. 43.* Dicitur *carens omni parentela*, per quas particulas indicatur, affinitatem non fieri per participationem ſanguinis ab eodem ſtipite, ſed tantùm per ejus commixtionem, & unionem. Circa affinitatem, ut ejus gradus dignoſci poſſint, eſt

PRIMA REGULA, *quòd Maritus & uxor* (idem dicendum de illegitimè ſe commiſcentibus) *non ſint affines, ſed principium, ac ſtipes affinitatis.*

SECUNDA REGULA eſt, *quòd omnes conſanguinei mariti fiant affines uxori, & quidem in eodem gradu, in quo ſunt marito conſanguinei, & conſanguinei uxoris fiant viciſſim affines marito rurſus in eodem gradu, in quo marito ſunt conſanguinei.*

Ex his colliges primò, affinitatem contrahi tantùm inter conſanguineos mariti & uxorem, & inter conſanguineos uxoris, & ipſum maritum, non item inter conſanguineos mariti, & uxoris inter ſe, adeó que conſanguineos mariti, & uxoris inter ſe non fieri affines ; ſiquidem maritus ſuos conſanguineos ad uxorem tantùm, non ultra trahit, & viciſſim uxor ſuos conſanguineos mariti tantùm, non etiam ejusdem conſanguineorum affines facit. *vid. c. 3. cauſ. 35. q. 5. & cap. 5. de conſ. & affinit.* Inde fluit, quod duo fratres ducere poſſint duas ſorores (non utique intelliges proprias) nam eſto ſoror uxoris meæ mihi ſit affinis, non tamen eſt affinis meo fratri : adeóque inter illos nullum ſubeſt impedimentum. Item Pater & filius ducere poſſunt matrem & filiam (non utique propriam) quia licèt filia uxoris meæ, ex priori marito, ſit mihi affinis, non tamen eſt affinis meo filio, cùm affinitas ultra ipſos conjuges, & alterius conjugis conſanguineos ſe non extendat.

Colliges ſecundò, ſororem uxoris marito eſſe affinem in primo gradu, & viciſſim fratrem mariti, eſſe uxori affinem rurſus in primo gradu, quia gradus affinitatis ex data regula deſumitur ex gradu conſanguinitatis alterius conjugis. vid. *præland. Clariſſ. D. D. Ayblinger ibidem §. 5. à 259.* Ex erronea igitur vulgi opinione ſeu abuſu, hodie affinitas vix non in infinitum extenditur.

Rogas in quoto gradu Affinitas matrimonium dirimat? Jure veteri, ſive orta fuerit ex copula licita, ſive illicita, dirimebat usque ad gradum ſeptimum *c. 7. & 13. cauſ. 35. q. 2. & 3.* poſtea fuit hoc impedimentum ad quartum gradum, ad exemplum conſanguinitatis, reſtrictum in *c. 8. de conſ. & affin.* in Concil. Trident. demum *ſeſſ. 24. de Ref.*

matr.

Digitized by Google

matr. c. 4. ſi ortum trahat ex copula illicita, ad ſecundum gradum incluſivè limitatum; non quidem in favorem copulæ fornicariæ, ſed in favorem perſonarum non complicum, ne hoc impedimentum, quod ſæpè ex copula illicita occultum eſt, cum gravi & periculoſo animarum detrimento, nimium multiplicetur. Cæterùm dicta, de quarto gradu intelligas velim de affinitate in linea collaterali. Si enim ſit in linea recta, valdè probabiliter defendunt, matrimonium dirimi in infinitum. Id, quod Jure Civili ſat clarè deducitur *ex l. 14. §. fin. ff. de R. N. l. 4. §. 7. de grad. & affin. Magnif. P. Schmier. d. tr. 3. c. 3. num. 170.*

43 *Duodecimum impedimentum* eſt IMPOTENTIA: quæ duplex eſt alia ad *coëundum*, alia ad *generandum*. Prior eſt inhabilitas ad exercendam copulam. Poſterior eſt inhabilitas ad generandum, copulâ etiam præſuppoſitâ. *Impotentia* ad coëundum (quæ ex variis cauſis provenire poteſt, v. g. ex nimia frigiditate, vel etiam ex nimio calore, ex morbo, nec non quandoque ex maleficio) eſt vel *perpetua*, vel *temporalis*, illa dicitur, quæ per remedia naturalia tolli non poteſt, iſta, quæ mediis naturalibus ſine gravi periculo tolli poteſt. *cap. 6. de frigid. & malef.* Alia rurſus vel *abſoluta* vel *reſpectiva:* prior, quæ commercium impedit reſpectu omnium perſonarum. Poſterior, quæ tantùm talis eſt reſpectu certarum perſonarum, ſi fortè partes corporis non ſint proportionatæ. Alia iterum antecedens, alia ſubſequens, illa matrimonium antecedit, hæc ſupervenit matrimonio jam contracto: his præmiſsis.

Dicendum: *Impotentia ad coëundum, ſi ſit perpetua, abſoluta, & antecedens, dirimit matrimonium indiſtinctè.* Dixi: *Impotentia ad coëundum:* nam impotentia ad generandum, matrimonium non impedit, plures enim, & ferè innumeræ cauſæ poſſunt impedire actualem prolis generationem, unde non videretur conſultum, ſi hæc impotentia matrimonium dirimeret. vid. *Zacchias QQ. Med. leg. lib. 3. tit. 1. q. 1. n. 26.* Hinc eſt, quòd matrimonium inter ſteriles, ac ſenes fuerit ſemper reputatum validum.

Dices: hæc impotentia deſtruit finem matrimonii, qui eſt procreatio prolis: Negavimus jam ſuperiùs, actualem generationem eſſe finem matrimonii, cùm ſolummodò ſit finis copulæ, ſufficit igitur, quòd contrahentes ſint potentes ad copulam exercendam, quòd, ſi exinde non ſequatur actualis generatio, eſt per accidens, & ſic ceſſat non finis matrimonii, ſed finis copulæ, jungatur *c. 41. cauſ. 27. q. 1.*

Dictum fuit *perpetua*, nam temporalis non reddit matrimonium ſimpliciter impoſſibile, cùm poſſit ſperari fructus, & effectus *c. 5. & 6. de frig. & malef.*

Dic-

Digitized by Google

Dictum fuit *abſoluta*, nam ſi ſit reſpectiva, tantùm matrimonium dirimit inter illas perſonas, inter quas intercedit illa corporum improportio *arg. d. c. 6.* non etiam inter alias, inter quas ejusmodi improportio non intercedit.

Dictum fuit *Antecedens*; ſubſequens enim valori matrimonii ampliùs non obeſt, uti colligitur ex *cap. 1. de frigid. & maleſ. & ex c. 25. cauſ. 32. q. 7.*

Cæterùm matrimonium inter impotentes contractum adeò effectu caret, ut nulla obligatio cohabitandi exinde naſcatur. *P. Engel de frigid. & maleſ. num. 8.* quia, quod nullum eſt, nullum habet effectum, *c. 52. de R. J. in 6.* Dixi: *obligatio*; poſſunt enim, ſi volunt, ùt frater & ſoror cohabitare, *vid. c. 4. & 5. de frig. & maleſ.* vel etiam poſtea recedere. *arg. l. 14. ff. pro ſocio.*

Quomodo autem procedendum ſit cum conjugibus ob impotentiam ab invicem ſeparandis; conſulatur *Magnif. P. Schmier p. m. d. tr. 3. c. 2. Sect. 2. §. 5. per tot.* ubi etiam diſſidium tollit inter *c. 1. & ult. de frig. & maleſ.* in quorum priori mulieri poſt annum & medium impotentiam viri allegan̄ti audientia denegatur: in poſteriori verò adhuc poſt octennium audienda dicitur; primum ſiquidem intelligit, ſi unus impotentiam affirmet, alter neget; ſecundum autem, quando uterque conjugum impotentiam fatetur. Eſto neque iis ſtatim credatur, ſed præmittenda ſit cauſæ cognitio, unà cum inſpectione oculari per medicos, & obſtetrices inſtituenda, & quandoque cum ſeptima propinquorum manu, qui juratò de credulitate deponunt, conjuges de impotentia cum veritate juraſſe *cit. Magnif. d. l. P. Engel de frig. & maleſ. n. 6.*

Decimum tertium impedimentum eſt CLANDESTINITAS, quæ 44 duplex. Alia *abſolutè* talis, alia *ſecundùm quid.* Illa eſt, ſi deſuit Parochi & duorum vel trium teſtium præſentia, quæ, ex ſuperiùs dictis *numer. 26. & 27.* reddit matrimonium nullum. *Secundùm quid talis* contingit, ſi fuerint, ſine prævia licentia Ordinarii, omiſſæ debitæ denunciationes tum in *c. fin. de cland. deſponſ.* tum in *Trid. Seſſ. 24. de reform. matr. c. 1.* præſcriptæ & ter inter Miſſarum ſolemnia eo fine præmittendæ, ut ſi fortè ſubeſſet aliquod impedimentum inter contrahere volentes pateſiat. Interim tamen hæc clandeſtinitas facit tantùm matrimonium illicitum, ſed non invalidum; hinc impedimentis impedientibus poterit etiam annumerari clandeſtinitas ſecundùm quid. Diximus: *ſine prævia licentia &c.* quænam autem ſint cauſæ diſpenſandi in denunciationibus, remittitur univerſaliter prudentis Judicis arbitrio. *cit. P. Engel de cland. deſp. num. 6. P. Reiffenſt. d. l. num. 19. usque ad 30.* **Nobis ſupereſt vulgaris quæſtio.**

T Utrùm

Digitized by Google

Utrùm matrimonium clandeſtinum ſaltem non valeat in vim ſponſalium?

Præprimis erit vel maximè reſpiciendum ad mentem contrahentium, de qua, ſi conſtet, res erit ſalva: cùm videatur extra dubium, potuiſſe clandeſtinè contrahentes ſe ſaltem obligare ſponſalitiè, cùm ſponſalia clandeſtina nullibi ſint annullata: Quoniam autem de intentione contrahentium non ſemper, imò rarò, conſtare poteſt, nondum eſt deciſum, quid in dubio, & pro foro judiciali præſumendum, ſeu judicandum? Mihi ſemper viſum fuit probabilius eſſe pro ſponſalibus præſumendum. Movet inſtantia à matrimonio impuberum ex *c. fin. de deſponſ. impub.* & *c. un. eod. in 6.* quod etſi, ùt matrimonium valere non poſſit, ſaltem *NB. Juris Interpretatione* vim ſponſalium habere dicitur. Neque eſt, quòd dicere debeamus, hoc ideo fieri, quia ejusmodi matrimonia ab inhabilibus contracta, regulariter jam præceſſerunt ſponſalia: nam textus citt. expreſsè dicunt, ipſum matrimonium de facto attentatum habere vim ſponſalium: Et quamvis verum ſit, ſolere ſponſalia præcedere matrimonium, hoc tamen contigiſſe in caſibus textuum, qui ſunt de particularis facti contingentia concepti, gratis dicitur. Adeſt etiam hujus ſententiæ convincens ratio, ſi enim contrahentes adeò invicem ſeſe dilexerant, ut voluerint eſſe conjuncti de præſenti, hoc autem non potuerint, erit multò magis præſumendum, quòd habuerint ſaltem animum ſe obligandi de futuro. Si enim ſincerus, ùt credi debet, eſt amor, quis credat tantùm eſſe pro præſenti & pro matrimonio, cum excluſione voluntatis, ſe obligandi pro futuro? Imò quilibet verè amans (non cæco libidinis impetu amens) & ita matrimonium contrahens ſecum cogitabit; *volo hìc & nunc contrahere matrimonium, quia ſponſam meam verè diligo, ſi tamen hoc valere non potuerit, paratus ſum illam modô legitimô ducere:* & nullatenus dicet ſecum: *ſi non valuerit in vim matrimonii, planè nolo eſſe obſtrictus: non diligo illam, niſi ùt uxorem, nullatenus volo eidem copulari:* Sanè ab ea de hoc interrogatus aliter reſponderet: & tu cum illo, ſi unquam ſincerè ſponſalitiè, vel matrimonialiter amaviſſes.

Neque nobis crucem facit *l. 9. ff. de ſponſalib.* cùm dici poſſit vel Jus Canonicum ab illa opinione receſſiſſe, vel ex illo textu nondum conſtare, utrùm nuptiæ fuerint actu celebratæ: non enim omnis deductio ſponſæ ad domum ſponſi actuales nuptias indicat, uti colligitur ex *l. 66. §. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor.* præſertim, ſi ſermo ſit de deductione inter impuberes, quæ quandoque fieri ſolebat ad magis conciliandum amorem, ùt optimè advertit *Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn de deſponſ. impub. n. 49.* eſto aliàs hìc nobis contrarius.

Ne-

Digitized by Google

Neque obſtat, quòd nuptiæ ibi dicantur jam *collata*, id eſt celebratæ. Nam nondum conſtat, quid ſibi velit illud vocabulum *collata:* multi interpretantur *dilata*. Alii *collocata*, ùt notat Gothofredus ad *d. l. 9. verbo collata:* quid ſi diceremus, idem eſſe, ac *deſtinata*, vel inter parentes jam *deliberata*, ſeu conventæ, non tamen actu celebratæ?

Neque huic ſententiæ contrariatur paritas, quòd teſtamentum inutile non valeat in vim codicilli *l. 1. ff. de Jure codicill.* aut ſtipulatio invalida per modum pacti *l. 1. §. 2. ff. de V. O. l. 1. §. 4. ff. de conſtit. pecun.* nam neque codicillus ita ordinatur ad teſtamentum tanquam ad ſuum finem, neque pactum per ſe ad ſtipulationem, ſicut ſponſalia ad matrimonium, unde faciliùs matrimonium tanquam finis poteſt continere ſponſalia tanquam medium, ita, ut, ſi conventio in vim matrimonii ſubſiſtere non poſſit, ſaltem valeat in vim ſponſalium. Deinde ſponſalia, & matrimonium habent fines & effectus ſubordinatos, non item teſtamentum, & codicillus, vel pacta & ſtipulationes. Præterea diverſa planè eſt pacti, & ſtipulationis natura, ſúntque in diverſa linea conventionum, nam pactum incipit à debitore, ſtipulatio verò à creditore. Conſequenter, ſi valere non poteſt in vim ſtipulationis, neque valebit per modum pacti, quia ampliùs verum non eſt, quòd inceperit à promittente, ſeu debitore: matrimonium verò, & ſponſalia ſunt in eadem linea contractuum conſenſualium, & omnino ſubordinata.

Minùs attendendum illud brocardicon: quod volui, non potui, quod potui, non volui, nam ſecundum membrum eſſe falſum, patet ex deductis, cùm volens contrahere matrimonium, implicitè ſaltem, ſe velle obligare ſponſalitiè, præſumendus eſt.

Decimum quartum, & ultimum impedimentum eſt RAPTUS: ſi nimirum quis animô contrahendi matrimonium fœminam invitam vi abducat, matrimonium inter raptorem, & raptam nullum eſt, quamvis poſtea illa in matrimonium conſentiat, niſi reſtituatur in locum ſecurum, ſeu, niſi ſit extra poteſtatem raptoris poſita *Trid. Seſſ. 24. de Refor. matr. can. 6.* ut autem raptus conſtituat impedimentum dirimens, debet I. contigiſſe ex fine contrahendi matrimonii, non fortè libidinis explendæ cauſâ, quia ſi hoc, libertas matrimonii non conſtringitur, hinc etiam requiritur II. juxta veriorem ſententiam, ut fœmina ſit invita *arg. c. penult. de raptor.* ſi enim in raptum conſentiat, & fortè invitis parentibus abducatur, quamvis ſit raptus, non tamen conſtituit impedimentum dirimens, quia libertas matrimonii, cui leges unicè conſulere voluerunt, non minuitur. Idem dicere (quamvis ſint, qui diſſentiunt) non dubitamus, ſi fœmina virum rapiat, ob rationem correlativorum. 45

Majus eſt dubium de caſu, quô quis propriam ſponſam raperet. Oriri impedimentum dirimens contendit *Sanchez de matr. l. 7. diſput. 12. num. 15.* Contrà ſentit *Magnif. P. König de eo, qui* [illegible] *matr. quæst. poſt. num 31.* quæ opinio etiam mihi videtur probab[illegible], & colligitur ex *d. c. penult.* ubi tunc primùm raptus obeſt, *ubi* [illegible] *nil ante de nuptiis agitur: & iſte raptor dici non debet, cùm habuerit mulieris aſſenſum*, quod non neceſſariò debet intelligi de aſſenſu in raptum, ſed in ſponſalia: ceſſat inſuper ratio impedimenti, quia hìc non tollitur libertas ad matrimonium contrahendum, ſiquidem aliunde jam per ſponſalia libertas erat reſtricta, & ſublata, cùm jam adſit obligatio ad contrahendum.

Dices: poteſt puella ex multis cauſis reſilire: conſequenter eidem adhuc tollitur libertas in ordine ad contrahendum. Reſpondemus in ejusmodi caſibus transmitti poſſe, raptum conſtituere impedimentum dirimens: ùt, ſuo ſenſu, probat ratio libertatis.

Inſtabis: atqui hôc ipsô, quòd vi privata rapiatur, oritur facultas reſiliendi, cùm ab homine tam temerario majora mala timeri poſſint. Transmitti poteſt per hanc violentiam acquiri ſponſæ jus reſiliendi, ſed hôc ipsô, quòd deinde, ut ſupponimus, in matrimonium conſentiat, huic juri rurſus renuntiat.

Subinferes, exinde ſequi, quòd etiam in aliis cauſis reſiliendi cenſeretur renuntiare, & hôc modô, ſi præceſſerit cauſa reſiliendi, nunquam raptus erit impedimentum dirimens: verùm reponi poterit, non eſſe argumentum à cauſis reſiliendi antecedentibus, in quibus independenter à raptu habuit jus quæſitum, ad jus, quod acquirit ex ipſo raptu, quod facilius, hôc ipsô, quòd tempore, quo ſponſa rapiebatur, adfuerit adhuc obligatio ſponſalitia, poteſt remitti. Quapropter

Nec valet argumentum, quòd raptor aliarum rerum amittat jus, quod circa illas eidem competebat *l. 7. C. unde vi.* nam hæc amiſſio non ſufficit ad conſtituendum impedimentum dirimens, præſertim ſi, ſuperveniente conſenſu ad matrimonium, tacitè remittatur.

Cæterùm ex his colliges, hoc impedimentum non ceſſare, licèt ceſſet actualis violentia, niſi ſimul rapta reponatur in locum ſecurum, & extra poteſtatem raptoris, v.g. in manus ejusdem conſanguineorum, vel in aliquod Monaſterium: quo caſu, ſi poſtea conſentiat, matrimonium valebit. *d. Trid. loc. cit.*

46 Ad contraria matrimonii etiam ſpectat divortium, quod duplex eſt, *quoad vinculum, & quoad thorum & menſam.* Illud eſt, quando matrimonium ita ſolvitur, ut pars altera poſſit liberè transire ad alias nuptias. Iſtud eſt, quando manente matrimonii vinculo partes tan-

Digitized by Google

tantùm ſeparantur quoad cohabitationem, ac abſolvuntur ab obligatione reddendi debitum conjugale.

Quoad vinculum matrimonium conſummatum inter fideles nullo caſu, niſi per mortem, diſſolvitur: juxta illud *Marc. 10. v. 11.* & *Luc. 16. verſ. 18.* ibi: *quicunque dimiſerit uxorem ſuam, & aliam duxerit, adulterium committit ſuper eam.* Hic: *Omnis, qui dimittit uxorem ſuam, & alteram ducit, mœchatur, & qui dimiſſam à viro ducit, mœchatur.* qui textus explicantur *in cap. 7. de converſ. conjug.*

Nec obſtant exempla Sacri Codicis: v. g. de Abrahamo, qui Agar repudiavit *Gen. 21. v. 10.* Item de libellis repudii *Deut. 24. in pr.* Nam prior diſſolutio fuit, tantùm quoad thorum & menſam: Libellus repudii fuit, quandoque ex Divina diſpenſatione permiſſus ad evitanda majora mala, juxta illud *Matth. 19. v. 8.* ibi: *quoniam Moyſes ad duritiem cordis veſtri permiſit vobis dimittere uxores veſtras NB. ab initio autem non fuit ſic.* Reliqua repudia fuerunt ſemper Jure Divino, & naturali illicita, vel etiam ad præcavenda majora mala potiùs tolerata. Textus opponi ſolitus *in c. 18. cauſ. 32. q. 7.* poteſt intelligi vel de matrimonio rato, vel de matrimonio ob infirmitatem, ſeu impotentiam invalido.

Neque contra facit *c. 2. c. 34. q. 2.* ibi: *nec per divortium ejecta*, nam imprimis eſt argumentum à ſenſu contrario. Deinde per divortium impropriam, ſcilicet matrimonii ob impedimentum dirimens invalidi.

Minùs probanda eſt ſententia hæreticorum exiſtimantium, matrimonium ob adulterium quoad vinculum diſſolvi, poſtquam contrarium definitum eſt in *Tridentina Synodo Seſſ. 24. de matr. can. 7.* vix enim eſſet promptior occaſio diſſolvendi matrimonium, dum conjux alterius conjugis tædiô affectus adulteriô ſibi viam ad libertatem pararet.

Fundamentum ſuum Aborthodoxi deducunt ex illo *Matth. 19.* *quicunque* (inquit) *dimiſerit uxorem ſuam NB. niſi ob cauſam fornicationis, & aliam duxerit, mœchatur*, ergo (inferunt) ex cauſa fornicationis, licet illam dimittere, & aliam ducere. Admittimus prius membrum illationis, quòd liceat illam dimittere, ſed non aliam ducere. Nec enim ad verificandum dictum Apoſtoli opus eſt, ut exceptio fornicationis trahatur ad utrumque membrum, & quòd liceat dimittere, & ſimul aliam ducere, ſed ſufficit, ſi verificetur de primo, quòd liceat dimittere. Accedit, quòd argumentum à ſenſu contrario contra textum manifeſtum aliunde non valeat.

Neque ad rem facit textus *D. Ambroſii in can. 17. c. 32. q. 8.* ubi viro expreſsè datur licentia ducendi aliam, non item uxori ulteriùs nu-

bendi. Nam hic textus exinde debet cuilibet ſuſpectiſſimus accidere, qui legerit alios textus *D. Ambroſii*, nolentis conjuges ad imparia judicari, *vid cap. 4. cauſ. 32. q. 4. cap. 2. cauſ. 33. q. 2.*

47 Dictum eſt ſupra: *inter fideles*, ſiquidem *inter infideles*, matrimonium quamvis conſummatum, uno caſu diſſolvitur, etiam quoad vinculum, ſi nimirum unus ex infidelibus convertatur ad fidem, ſuffragante Divina diſpenſatione, *1. Corinth. 7. verſ. 15. cap. 3. 4. & 7. cauſ. 28. quæſt. 1. cap. 7. verſ. nos igitur cap. 8. verſ. qui autem. de divort.*

Dictum eſt ulterius: *matrimonium conſummatum*, ſi enim tantùm ratum fuerit, quamvis etiam jure tum naturali, tum Divino ſit indiſſolubile: ita ex præcepto DOMINI Apoſtolus *Corinth. 7. v. 10.* (a) juncto *cap. un. de vot. & vot. redempt. in 6.* duobus tamen caſibus etiam quoad vinculum diſſolvitur. Primus eſt, ſi unus ex conjugibus in religione approbata profeſſionem emittat, qui caſus deciſus eſt, *in Trid. Seſſ. 24. de matr. can. 6.* Alter (qui tamen in controverſiam deducitur) ex diſpenſatione Summi Pontificis, cùm enim S. Pontifex ex communi ſententia poſſit diſpenſare in ipſa profeſſione, ſeu voto ſolemni, quod ſolummodo tale eſt ex diſpoſitione Eccleſiæ, *d. cap. un. de vot. & vot. red. in 6.* ita etiam poterit diſpenſare in ipſo matrimonio rato, quod per profeſſionem diſſolvitur, juxta illud: ſi vinco vincentem te, multò magis vinco te, *l. 14. §. 3. ff. de div. temp. præſ.* Neque deſunt exempla diſpenſationis, quæ videri poſſunt apud *Magnif. P. Schmier d. lib. 4. tr. 2. c. 5. à num. 18.* ubi etiam in ſequentibus reſpondet ad contraria. (b)

Ratio verò diverſitatis, quòd poſſit diſpenſare in matrimonio rato, non item in conſummato, conſiſtit primò in diverſitate ſignificationis; matrimonium enim ratum ſignificat conjunctionem Chriſti cum anima fideli per gratiam, & charitatem, quæ ſolubilis eſt per peccatum: conſummatum econtra ſignificat conjunctionem Chriſti cum Eccleſia, quæ inſolubilis eſt, *c. 5. de Big. non ordin.* Secundò, in eo eſt etiam diverſitas, quòd matrimonium ratum conſiſtat in ſola conjunctione animorum, ſeu voluntatum, quæ S. Pontifici plenariè ſubjectæ ſunt; conſummatum verò jam importet conjunctionem corporum, quæ S. Anti-

ſti-

(a) Ibi: *Iis autem, qui matrimonio juncti ſunt, præcipio non ego, ſed DOMINUS, uxorem à viro non diſcedere, quòd ſi diſceſſerit, manere innuptam, aut viro ſuo reconciliari.*

(b) Eſt autem præcipuè *c. 14. de converſ. conjug.* ibi: *Illis viventibus in nullo caſu poſſit* (matrimonium ratum) *diſſolvi.* Sed legenti textum patebit, hoc allegari pro ratione dubitandi; quæ tamen non obſtante, S. Pontifex admittit juxta veſtigia ſuorum Prædeceſſorum matrimonium ratum ſolvi per profeſſionem religioſam: dependet enim à voluntate contrahentium, quæ eſt S. Pontifici ſubjecta; hinc neque obſtat illud *Matth. 19. quod DEUS conjunxit, homo non ſeparet.*

Digitized by Google

:iti non ita ſubjiciuntur. Hactenus dictum eſt de diſſolutione matrimonii quoad vinculum.

Facilior eſt diſſolutio quoad thorum, & menſam; hæc indulgetur 48
. ob adulterium tum carnale, tum ſpirituale, ſi nimirum alteruter conjugum tranſeat ad aliam fidem, ſeu reprobatæ cuidam ſectæ adhæreat: îs quippe caſibûs competit parti innocenti facultas petendi ſeparationem quoad thorum, & menſam: priùs patet ex *cit. Matth. 19.* nec non x *c. 4. 5. & 8. de divort.* Alterum deducitur ex *c. 6. & 7. in fin. de divor.* . *ult. de conv. conjug.* Indulgetur II. ſi ſubſit periculum *animæ*, fortè, uòd conjux conjugem ad peccatum incitet, & alliciat. *cap. 5. cauſ. 28.* . *1.* Aut etiam III. *Corporis*, ſi ob morbum ſine periculo infectionis ohabitare non poſſit. *c. 1. de conjug. leproſ.* IV. ob rixas graves, & periulosas. Quò ſpectat V. nimia ſævities mariti (cur non & uxoris, ſi æc virum, ille fœminam agat?) *c. 8. & 13. de reſtit. ſpol.*

His non obſtat, quòd in illo *Matth. 19.* tantùm fiat mentio adulterii, conſequenter non videatur ex aliis cauſis divortium eſſe permiſſum, iam ille textus tantùm loquitur de dimiſſione proveniente ex natura pſius conjugii, quatenus fornicatio fidei conjugali ipſique matrimoio directè adverſatur. Deinde divortii perpetui vix alia cauſa eſt, quàm dulterium; aliæ quippe cauſæ ſunt regulariter tantùm temporales.

PARS III.

De Legitimatione.

ALter modus inducendi patriam poteſtatem eſt legitimatio, quæ in genere eſt *Actus, quo filii illegitimi efficiuntur legitimi.* Eſt autem trilex: *Per ſubſequens matrimonium, per Reſcriptum Principis; & per Oblaonem Curiæ.* Primatum tenet legitimatio per ſubſequens matrimoium. De hac eſto

§. I.

De Legitimatione per ſubſequens matrimonium.

LEgitimatio per ſubſequens matrimonium, cujus Author (ſi Zenoni 49
in l. 5. C. de nat. lib. credimus) fuit Conſtantinus Imperator, *eſt ctus, quo filii extra matrimonium nati, adeòque illegitimi, per matrimoium inter eorum parentes contractum efficiuntur legitimi.*

Cauſa efficiens *remota* eſt Jus tum Canonicum, tum Civile. Illud *cap. 6. qui filii ſint legitimi*, ibi: *Tanta eſt vis matrimonii, ut, qui antea*

tea ſunt geniti, poſt contractum matrimonium legitimi habeantur. Iſtud in *l. 5. 10. & 11. C. de nat. lib. nov. 89. c. 8.* Proxima ſunt partim illegitimorum parentes, partim matrimonium inter illos contractum, à quo immediatè vis legitimandi emanat.

50 Objectum ſunt illi, qui poſſunt legitimari. olim poterant tantùm legitimari filii naturales, (a) ſeu ex concubina, quam quis citra affectum maritalem domi ſuæ retinebat, ſuſcepti, id eſt, ex coitu permiſſo geniti: hinc excludebantur omnes illi, qui ex thoro ſive ſimpliciter prohibito, ſive ſpecialibus pœnis notato provenerant, conſequenter non tantùm inceſtuoſi, nefarii, adulterini, ſed etiam ſpurii: hodie verò, cùm extra matrimonium omne carnale commercium ſit prohibitum, idcirco filii naturales in ſenſu explicato non ampliùs dentur, illorum locum ſubintrant illi, qui ſunt progeniti ex talibus perſonis, inter quas vel tempore conceptionis vel nativitatis vel intermedio geſtati uteri potuit ſtare matrimonium. *arg. d. l. 11. C. de nat. lib. & nov. 89. c. 8.* adeóque per naturales intelligimus illos, qui nati ſunt ex fœmina aliàs honeſtè vivente, ſeu quæ tantùm unum admiſit. *Hub. h. t. n. 18.* Unde excluduntur I. *ſpurii*, ſeu vulgò ſuſcepti, quia de parentibus eorum non conſtat. Excluduntur II. ſuſcepti ex coitu damnato, quales ſunt *nefarii, inceſtuoſi, adulterini, ſacrilegi*, ſi inter illorum parentes nullo ex his temporibus potuit ſtare matrimonium.

Ex quibus facilè advertis, quænam impræſentiarum ſedeat opinio circa vulgatam controverſiam, utrùm adulterinè concepti (idem proportionaliter de aliis mox recenſitis) poſſint legitimari, ſi inter perſonas complices ſaltem tempore nativitatis potuerit ſtare matrimonium, fortè, quòd tumente utero conjux adulterantis è vivis diſceſſerit? Fluit enim de ſe affirmativa. Ratio princeps eſt, quia quoties de ſtatu vel conditione naſcituri quæritur, inter tria illa tempora conceptionis, geſtati uteri, vel nativitatis, illud eſt inſpiciendum, quod eſt proli favorabilius, *l. 5. 6. ult. l. 7. ff. de ſtat. hom.* & ſpecialiùs *d. l. 11. C. de natur. lib.* ubi in fine iſta leges. *Et NB. generaliter definimus, & quod ſuper hujuſmodi caſibus variabatur, defin tione certa concludimus, ut ſemper in ejuſmodi quæſtionibus, in quibus de ſtatu liberorum eſt dubitatio, non conceptionis, ſed partûs tempus inſpiciatur, & hoc favore facimus li-*

(a) Pro evitanda terminorum juriúmque confuſione notandum, Naturales Jure civili hic illos dici, qui nati unt ex concubina; Jure verò Canonico eos, qui extra matrimonium ex perſonis, inter quas potuit ſtare matrimonium, ſuſcepti ſunt: Et ſi niſi ex concubina ſint nati, Jure civili vocantur ſpurii. Spurii autem de Jure Canonico illi nuncupantur, qui ex coitu damnato puta adulterino, inceſtuoſo &c. adeóque ex perſonis ad contrahendum impeditis ſuſcepti ſunt, ceu colligitur ex *c. 6. qui fil. ſint legit. c. 10. §. 6. in fin. de renunciatione.*

Digitized by Google

*berorum, ut editionis tempus ſtatuamus eſſe inſpectandum, exceptis his tan-
tummodo caſibus, in quibus conceptionem magis approbare infantium condi-
tionis utilitas expoſcit.* (Talis caſus, ubi expedit inſpici tempus con-
ceptionis, habetur in *§. 9. Inſt. quib. mod. jus patr. poteſt. ſolvit.* & idem
Hopp.) Conſonat iisdem ferè terminis *d. nov. 89. c. 8.* Huc etiam ſer-
viet *princ. Inſt. de Ingen.* ubi, ut quis naſcatur ingenuus, ſufficit, ſi ma-
ter uno ex his temporibus fuerit libera.

Neque dicas, hos textus eſſe conceptos de caſibus, ubi agitur de
ſtatu liberorum, hic autem non agitur de cauſa ſtatûs. Siquidem ſi vel
ſolum textum in *d. l. 11. C. de natur. lib.* intueri placuerit, apparebit,
totum quantum eſt, agere de legitimatione, vel legitimitate liberorum;
quapropter etiam in cauſa legitimationis debere inſpici tempus proli
favorabilius, res ipſa loquitur.

Dices cum *D. D. Gletle p. 1. ſelect. quaſt. 7. num. 4.* & aliis ab eo
relatis: olim talis proles non potuiſſet legitimari, quia debebat eſſe ex
concubina *d. l. 5. 10. & 11. C. de natur. lib.* ergo neque hodie, quia ſi-
cut olim debebat eſſe ex concubina, ita hodie debet eſſe ex tali fœmi-
na, cum qua poteſt ſtare matrimonium. Reſpondetur negando antece-
dens, ad rationem annexam dicendum, ſufficere, quòd fuerit, vel po-
tuerit eſſe concubina vel tempore conceptionis, vel nativitatis, nec opus
fuiſſe abſolutè loquendô (licèt regulariter contigerit) ut fuerit concu-
bina tempore conceptionis, cùm calamitas (ſeu hic delictum) matris
non debeat (a) obeſſe proli. *d. princ. Inſt. de Ingen.* Ita etiam hodie
ſufficit, quòd ſit talis fœmina, cum qua ſaltem tempore nativitatis po-
tuiſſet ſtare matrimonium. Nónne ſi jure veteri in caſu poſito poſt
mortem uxoris fœminam illam (b) pater duxiſſet, proles fuiſſet legiti-
mè nata, *arg.* (c) *d. l. 11. C. de nat. lib.?* Uti igitur per mortem uxoris,
ſeu ſublatô ante nativitatem impedimentô proles evaſit legitimè (ſi li-
cet dicere) *naſcibilis*, ita etiam fieri potuit legitimabilis.

Si reponis, prolem adulterinam non poſſe fieri legitimabilem; eſſe
autem adulterinam, exinde patet, quòd adulterium non à nativitate,

U ſed

(a) *Sine ſpeciali lege, ſeu conſtitutione quæ hic deficit.*

(b) Statim, id eſt ante prolis conceptæ nativitatem.

(c) Sanè non inſpici tempus conceptionis ſed nativitatis manifeſtè deducitur ex cit. l. 11. in verbis: *Et multò magis ſi quis mulierem, quam in contubernio ſuo habuerat, prægnantem fecerit, poſtea autem adhuc gravida muliere conſtituta dotalia fecerit inſtrumenta, & puer, vel puella editus, vel edita ſit, JUSTA patri ſoboles NASCATUR.* En quod eſto non fuerit legitimè conceptus, nihilominus legitimè naſcatur, & nullatenus legitimatione indigeat. Et cur hoc, niſi quia tempus nativitatis ſolummodo attenditur, & ſufficit, dummodo ibi ſit contractum matrimonium, ut legitimè naſcatur, vel poſſit contrahi, ut ſiat legitimabilis?

Digitized by Google

ſed à copula deſumatur, cùm nativitas non ſit peccaminoſa. Replicamus & nos, hoc eſſe verum, ſi fuerit adulterinè tam concepta, quàm nata, aliàs non eſt ſimpliciter adulterina, ſed tantùm ſecundùm quid; licèt enim ex copula dicatur adulterina, debet tamen copula cum effectu, ut etiam includat tempus nativitatis, accipi; præſertim cùm verſemur in materia odioſa, quatenus talis proles per ſolam copulam redderetur illegitimabilis.

Neque obſtat *cap. 6. qui fil. ſint leg.* ibi: *ſi autem vir vivente uxore aliam cognoverit, & ex ea prolem ſuſceperit, licèt poſt mortem uxoris eandem ducat, nihilominus ſpurius erit filius, & ab hæreditate repellendus.* Nam textus, unà cum aliis ejusdem tenoris, intelligendus eſt de caſu, quo proles fuit concepta, & nata vivente adhuc uxore; in verbis: *& ex ea prolem ſuſceperit.*

Neque eſt, quòd nimium fidas *l. 11. ff. de ſtatu hom.* ubi proles ex filia, quæ ſine conſenſu patris (de Jure civili) invalidè nupſit, concepta manet illegitima, eſto tempore nativitatis patre jam mortuo matrimonium potuerit ſubſiſtere. Ad hoc enim, ut proles legitimetur, aut legitimè naſcatur, non ſufficit, ſi impedimentum ceſſet, ſed debet matrimonium invalidum per novum conſenſum renovari, de hac renovatione autem in oppoſito textu non conſtat. Habes caſum ſimillimum, Titius & Caja conſanguinei in quarto gradu cum ſcientia impedimenti matrimonium contrahunt, adeóque nulliter: Caja concipit, ſed antequam pariat, impetratur diſpenſatio, proles deinde ante renovationem matrimonii in lucem editur: quis dubitet, eſto fuerit ſublatum impedimentum, illegitimè adhuc naſci? & hoc ideo, quia matrimonium non fuit renovatum. Non tamen negabis per hoc, quòd fuerit ſublatum impedimentum, evaſiſſe prolem legitimè naſcibilem, ita, ut ſi mater ante nativitatem fuiſſet ducta, etiam legitimè peperiſſet. Ergo etiam, ſublatô ante nativitatem impedimentô, ſit legitimabilis.

Alia hic occurrit diſceptatio, utrùm poſſit legitimari nepos per matrimonium avi, pone, Titium habuiſſe filium illegitimum, qui poſtea uxore ducta filium nanciſcitur: hic reſpectu Titii avi eſt nepos illegitimus: Jam ſi filius ante legitimationem decedat, dubitatur, an per matrimonium cum fœmina, ex qua filius natus eſt, contractum legitimetur? Ratio dubitandi eſt, quia nepos deberet legitimari mediante filio, filius autem, utpote jam mortuus, legitimari non poteſt. Deinde non indiget legitimatione, cùm aliunde ſit legitimus. Verùm his non obſtantibus, certum nobis eſt, nepotem in hoc caſu legitimari: filius enim vivit adhuc repræſentativè in nepote *arg. §. 2. Inſtit. de hær. qualit. & diff.* Accedit, quòd nihil obſtare videatur, ſi dicatur, filium

Digitized by Google

ium, etſi mortuum poſſe legitimari. Si enim in defunctum cadit inuria *l. 1. §. 4. & l. 6. l. 27. ff. de injur.* cur non & legitimatio, quæ favorabilis eſt? Cæterùm nepos legitimatione non indiget, ut fiat legitimus filius, ſed ut evadat legitimus nepos, poſsitque avo ſuccedere. Diſſentit *Vinn. ad §. fin. h. n. 3.*

Forma legitimationis conſiſtit in requiſitis. Requiritur autem 151 matrimonium inter parentes legitimandorum contractum, quod ſufficit, ſi ſit ratum, & etiam in articulo mortis contractum, quia matrimonium non concubitus, ſed conſenſus facit. *l. 30. ff. de R. J.*

Nihil obſtat, quòd in tali matrimonio non adſit ſpes acquirendæ ſobolis, quæ tamen in *l. 11. C. de nat. lib.* requiritur; nam ſaltem adeſt ſpes in actu primo, poteſt enim adhuc contrahens abſolutè reconvaleſcere; non enim ſumitur articulus mortis, uti fit in *l. 20. ff. de jur. dot.* pro ultimo momento, ſeu pro agone, ſed pro illo tempore, ubi reconvaleſcentia eſt periculoſa, ſeu valde dubia. Nec intereſt, ſive ſit primum, ſive ſecundum, nam quamvis ſecundæ nuptiæ quandoque ſint odioſæ, nempe, ſi fiant intra annum luctûs, hoc tamen non tangit liberos legitimandos, ſed tantùm viduam, quæ nuptias præmaturavit, *d. c. pen. & ult. de ſecund. nupt.*

Dubitatur, num ſufficiat matrimonium putativum? Quidquid de 152 rigore diſputari poſſit, æquior & benignior eſt affirmativa, quam ut ſeriorem etiam defendit *Magnif. P. Schmier d. lib. 4. tr. 2. c. 2. num. 71.* cùm matrimonium putativum habeat eoſdem effectus, quos habet verum, faciátque, ut proles legitimè naſcatur: & hic vel maximè applicari poteſt regula, quòd bona fides tantum præſtet, quantum veritas, ſi lex impedimento non ſit *l. 136. ff. de R. J.* nulla lex autem hîc obſtat in contrarium.

Dices, non eſſe paritatem inter caſum legitimitatis, & legitimationis, nam in primo caſu parentes contraxerunt matrimonium bona fide, proles fuit pari bona fide concepta, & nata. In altero verò caſu parentes ſaltem tempore conceptionis, & nativitatis fuerunt in mala fide, cùm dederint operam rei illicitæ. Verùm reſpondetur, illam malam fidem non obeſſe, quin poſſit legitimari per matrimonium verum, ergo neque oberit, quin poſſit legitimari per putativum, quia ex dictis bona fides tantum præſtat, quantum veritas.

Dices *cum R. Pichler*, *qui fil. ſint legit. num. 9.* hanc vim indultam eſſe matrimonio vero *c. 6. d. t.* ibi: *Tanta eſt vis matrimonii.* Nomine autem matrimonii utique venit ſolum matrimonium verum, ac validum, cùm in omni materia verba ſint ſumenda in proprio ſenſu. Reſpondemus breviter nomine matrimonii in materia favorabili etiam ve-

Digitized by Google

nire matrimonium putativum: cùm hic & nunc gaudeat iiſdem effectibus, quibus verum. Hinc gratis ſupponitur, vim legitimandi eſſe tantùm conceſſam ſanctitati ipſius matrimonii verè talis.

Dices, ex hoc ſequeretur, dari duplicem fictionem, imprimis enim deberet fingi matrimonium validum, & deinde, prolem eſſe natam intra matrimonium: Duplex autem fictio non admittitur, cùm non detur fictio fictionis. Negatur debere fingi matrimonium validum, cùm matrimonium putativum ſine ulla fictione, ſed ex mera juris diſpoſitione, quà putativum, eſt ſufficiens ad legitimandam prolem, ſicut enim non fingimus reſpectu contrahentium bonam fidem, ſed eam verè ſupponimus, ſic etiam non opus eſt, ut fingamus matrimonium, ſed ſupponimus verè contractum, eſto tantùm putativè validum.

Limitanda eſt tamen hæc ſententia, ſi fuerint omiſſæ denunciationes, quia contrahentes præſumuntur eſſe in ignorantia affectata, adeóque in mala fide ſaltem ficta. *c. ult. §. ſi quis, de cland. deſponſ.*

Requiritur II. ut proles ſuſcepta ſit ex talibus perſonis, inter quas vel tempore conceptionis, vel nativitatis vel geſtati uteri potuit ſtare matrimonium. Ex ſuperiùs deductis.

§3 Ambigitur autem, an etiam requiratur conſenſus liberorum? In hac controverſia, uti non dubito, requiri conſenſum liberorum (ſuppoſitô, quòd tantæ ſint ætatis, ut poſſint conſentire) ad legitimationem quatenus eſt modus introducendi patriam poteſtatem, *cùm inviti filii naturales nec redigantur in patriam poteſtatem l. ult. ff. de his, qui ſui vel alien.* nec ex ea dimittantur *nov. 89. c. 11. in princ.* ita non facilè crediderim, illegitimos in ordine ad alios effectus legitimationis independentes à patria poteſtate fore prudenter invitos; ſi tamen etiam quoad effectus alios reclamarent, haud dubie ſubintraret regula, quòd invitis non detur beneficium. *Mollenb. in Theſ. Jur. ad comp. Lauterb. ff. de his, qui ſui vel alieni Jur. ſunt. num. 11.*

Si opponas, hanc vim eſſe matrimonio, non conſenſui liberorum indultam. Ego regero: ſed nullatenus pro invitis. *vid. d. nov. 89. cap. 11.*

Si ulteriùs replices: qui non vult habere incommodum patriæ poteſtatis, neque ſentiat commodum legitimationis, quapropter falsò ſupponitur, poſſe illegitimum diſſentire quoad inductionem patriæ poteſtatis, & quoad alios legitimationis effectus conſentire. Repono & ego, hoc verum eſſe quoad illa commoda, quæ dependent à patria poteſtate, & ſic non conſequetur talis filius jura ſuitatis, aut ſucceſſionis, neque debebit à patre neceſſariò hæres inſtitui.

Non contrariatur *nov. 74. in fin. pr.* ubi mater à filiis naturalibus occultata fuit, ne à patre duceretur, conſequenter ſignum eſt, etiam in-

nvitos poſſe legitimari. Nam ideo in caſu *nov.* pater volebat legitimare filios, ut ab uxore, quæ dives evaſerat, conſequeretur jura dotis, & uſumfructum bonorum. Filii autem non legitimationem, ſed hunc effectum metuentes, ad impediendam intentionem patris, matrem occultârunt. Et ita cum aliis ſentit *Fachin. l. 3. contr. c. 54.* Aliíſque objectionibus breviter ſatisfacit *Clariſſ. D. D. Franz p. m. b. t. p. 3. n. 9.*

Hæſitatur ulteriùs, utrùm requirantur inſtrumenta dotalia. Ratio dubitandi eſt, quòd ferè in omnibus textibus juris civilis, in quibus agitur de legitimatione per ſubſequens matrimonium, fiat mentio inſtrumentorum dotalium. Verùm dicendum *cum Stryck. uſu mod. Pand. tit. de his, qui ſui vel alien. Jur. ſunt num. 10.* ad legitimationem ſufficere matrimonium, & nullatenus requiri inſtrumenta dotalia. *arg. ſæpè cit. l. 6. qui fil. ſint leg.* quòd autem jure veteri opus fuerit inſtrumentis dotalibus, erat tantùm probationis causâ, ſiquidem quòd concubinatus in affectum maritalem fuerit immutatus, aliter quàm per inſtrumenta dotalia vix probari poterat, cùm iſte affectus per matrimonium clandeſtinum declarari conſueverit; hodie autem matrimonia ſufficienter per Parochum, & teſtes probari poſſunt. 54

Dices, modum probandi matrimonium per teſtes eſſe à Juſtiniano reprobatum in *nov. 74. c. 4. in pr. & §. 2.* & quidem prudentiſſimè, poſtquam fuit uſu compertum, ex blanditiis amantium per falſos teſtes ſæpè confingi matrimonia, de quibus nunquam fuerat cogitatum. Inde expreſsè ibi ſtatuitur, ut matrimonium non aliter, quàm in ſcriptis probari poſſit, & ab hac regula tantùm excipit Imperator *in §. 3. d. cap. 4.* milites armatos, agricolas, aliáſque perſonas viliores. Reſpondetur, has rationes eſſe bonas de veteri, non hodierno, & præſertim Canonico Jure, ubi matrimonia in facie Eccleſiæ contrahenda ſunt.

Effectus legitimationis hujus generaliter eſt, quòd abſtergatur macula ex illegitimis natalibus contracta, & legitimati habeantur, ac ſi tenent poſt matrimonium contractum geniti, ita, ut transeant in patriam poteſtatem, acquirant jura ſuitatis, ac conſequenter ſucceſſionis, fiántque capaces ad omnes dignitates (ſi Cardinalitiam, ad quam ex *Bulla Poſtquam. Sixti V. edita Anno 1590.* aſpirare non poſſunt) excipias. *Manif. P. König tit. qui fil. ſint leg. num. 29.* 55

Difficilis hìc admodùm, ac intricata occurrit controverſia. Utrùm, ſicut legitimati per ſubſequens matrimonium ſuccedunt in allodialibus, ita & in feudalibus ſint admittendi?

Stant pro utraque ſententia Authores graviſſimi, quos longo agmine allegat *Clariſſ. D. D. Franz p. m. b. t. part. 3. §. 5. num. 12.* Mihi ſalvô aliorum judiciô, & Authoritate, ſemper juri feudali conformior

viſa fuit negativa, quàm, uti ſuccinctè, ita, more ſolito, nervosè tuetur *Illuſtris Clariſſ. ac Conſult. D. Colleg. de Herz Elem. Jurisprud. feud. cap. 7. Sect. 3. §. 1. num. 80.* Textus in *2. feud. 26. §. 4. verſ. NATURALES* ita ſonat: *Naturales filii NB. licèt poſtea fiant legitimi ad ſucceſſionem feudi nec ſoli, nec cum aliis admittuntur:* quam deciſionem de legitimatis per Reſcriptum Principis intelligere velle, eſt, maximam, & vix non Domitianam inferre violentiam: ſiquidem de legitimatis per Reſcriptum Principis vix quæſtio eſſe poterat: tum quia textus ſupponit adeſſe alios liberos, ibi: *nec ſoli nec cum aliis* (utique filiis) *admittuntur.* Princeps autem non ſolet, imò regulariter non poteſt, aliis liberis exiſtentibus, legitimare cum effectu ſucceſſionis, & ita adimere jus perfectè quæſitum filiis legitimè natis; tum etiam, quia textus nimis generaliter eſt conceptus.

Si dicas, debere neceſſariò intelligi de legitimatione per reſcriptum Principis, cùm loquatur de caſu, quò ſucceſſio jam ad alios devoluta fuit, uti indicat Rubrica *cit. tit. 26. ſi de feudo defuncti &c.* quod aliter fieri non potuit, niſi per mortem patris, quam interpretationem appoſite ſuggerunt verba ipſius textûs: *licèt poſtea fiant legitimi.* Si inquam ita dicas, minùs ad rem dicis; nam etiamſi verum ſit, quòd contentio, ſeu lis de ſucceſſione feudi primùm poſt mortem defuncti orta fuerit; cùm de ſucceſſione viventis non detur contentio, tamen gratis aſſeritur, legitimationem primùm contigiſſe poſt mortem defuncti, hoc ipſo, quòd modus iſte legitimandi, jure alii jam quæſito, regulariter ſaltem, locum non habeat, textum autem de caſu raro ac extraordinario intelligi velle planè videtur abſurdum: Neque movent verba: *licèt poſtea fiant legitimi;* nam ly *poſtea* non debet ſumi poſt mortem defuncti, ſed poſt nativitatem, ita ut poſtea ſecutum fuerit matrimonium.

Dictis non obſtat, quòd in omnibus, & per omnia æquiparentur legitimè natis: nam hoc intelligendum eſt quoad allodialia. Interim tamen diſſimulare non poſſumus, contrariam ſententiam, uti teſtantur cum *prælaud. Collendiſſ. D. Collega*, Juris feudalis Interpretes, praxi eſſe donatam.

56 Alia hìc rurſus emergit vulgaris quæſtio, an legitimati per ſubſequens matrimonium admittantur ad primò genituram? Sub diſtinctione difficultas reſolvi poſſe videtur: Utrùm nimirum legitimatio ſecuta ſit nullo alio interveniente, ſeu intermediô matrimoniô; num aliud matrimonium præceſſerit, ex quo adſint filii legitimi? Si prius, admittimus legitimatum ad primò-genituram. Pone: poſſeſſor primò genituræ habet ex Caja filium illegitimum, poſtea illam ducit, & ex illa etiam legitimum acquirit, hoc caſu legitimatus eſt primò genitus, quia fuit le-

Digitized by Google

egitimatus antequam alter legitimè naſcatur, idcirco jam habet jus quæ-itum. Si poſterius, hoc eſt, ſi ejusmodi poſſeſſor antequam Cajam du-at, ducit Semproniam, ac ex illa prolem nanciſcitur legitimam, poſtea erò mortuâ Semproniâ primùm Cajam ducit, ac prolem ex illa legiti-nat, legitimatum excludimus, ita, ut veniat legitimè natus, quia ille, ntequam alter legitimaretur, per legitimam nativitatem jus primò-ge-ituræ jam eſt adeptus, idcirco legitimatus habetur, ac ſi fuiſſet ex ſe-undo matrimonio natus. Unde falſum eſt ſuppoſitum adverſæ ſenten-iæ, matrimonium ſcilicet ſecundum retrotrahi ad tempus nativitatis, leóque cùm legitimatus ſit antea natus, fingi etiam antea legitimatum, c ita primò-genitum; nam iſta retrotractio tam parùm ſubſiſtit, quàm ertius eſt, legitimationem non operari retrò quoad jus aliis perfectè, bſolutè, ac pro indiviſibili quæſitum: Non enim damus *Voëtio ff. de oncub. num. 11. poſt med.* jus primò-genituræ vires demum exſerere per nortem parentis, ac interim in ſuſpenſo eſſe; ſed nobis indubitatum ſt, primò-legitimè genitum ſtatim jus acquirere, cui pater præjudica-e ampliùs non poteſt. Propterea non valet inſtantia, quòd quamvis le-itimè nati habeant jus quæſitum ad ſucceſſionem, tamen ad illam etiam dmittantur poſtea legitimati, nam ad ſucceſſionem admittuntur omnes, ui ſunt, tam ex primo quàm ſecundo, & ulteriori contractu matrimo-iali, non item ad primò-genituram, in qua ſoli primò-genito eſt jus bſolutè, & pro indiviſo quæſitum. *Vid. Clariſſ. D. P. Benedictus Schmier 1 tit. qui fil. ſint leg. n. 18. & ſeqq.*

§. II.

De Legitimatione per Reſcriptum Principis, & Oblationem Curiæ.

Egitimatio per Reſcriptum Principis eſt actus, quô Princeps jubet fi-lios illegitimos eſſe legitimos.

Hujus legitimationis inventorem ſe profitetur Imperator Juſtinia-nus *in nov. 74. c. 1. & 2. nov. 89. c. 9.* Neque exiſtimandum, hoc ex-dere Principis, ſeu Legiſlatoris poteſtatem. Prout enim legitimitas diſpoſitione juris introducta eſt, *nec enim*, uti differit Imperator *is citt. à principio, quando ſola natura ſanciebat, hominis (antequam iptæ provenirent leges) fuit quædam differentia naturalis, atque legiti-, ſed antiquis parentibus antiqui filii mox, ut procedebant, fiebant legi-mi.* Ita etiam erit in libertate Principis liberos primævo naturæ ſta-i ita reſtituere, ut habeantur pro legitimis, quem modum poſtea 57

etiam

etiam Innocentius III. *in cap. 13. qui fil. ſint legit.* recepit, ac probavit.

58 *Legitimare* autem poteſt jure ordinario is, penes quem eſt ſumma in Republica poteſtas; pertinet enim facultas legitimandi ad reſervata Majeſtatis, ut ex *citt. tt.* deducit *D. Hermes in Faſciculo Jur. publ. cap. 11. num. 125.*

In ſpecie autem legitimare poteſt I. S. Pontifex, & quidem quoad ſpiritualia in toto orbe Chriſtiano: quoad temporalia verò tantùm in ſuo territorio, niſi ſubſit cauſa utilitatis publicæ, fortè, quòd bonum ſpirituale fidelium exigat, ut Chriſtianus etiam quoad temporalia legitimetur, quia tunc ejusmodi poteſtas legitimandi, etiam quoad temporalia, eſſet neceſſaria. At hic latet difficultas haud quaquam prætermittenda.

Utrùm S. Pontifex ſaltem tunc generaliter legitimare non poſſit, quando præceſſit matrimonium ob defectum impedimenti Eccleſiaſtici invalidum, diſpenſandô in illo impedimento tanquam radice nullitatis, & illud retrò validè pronuntiando? Fac Titium & Cajam ſcienter cum impedimento dirimente, fortè conſanguinitatis in tertio, vel quarto gradu, adeóque nulliter contraxiſſe matrimonium, & ex eo ſuſcepiſſe prolem, quam hic & nunc per ſubſequens matrimonium, impetrata etiam diſpenſatione, uxore jam mortua (a) legitimare non poſſet, num hic S. Pontifex non poſſit pronuntiare illud matrimonium retrò validum, & prolem illam legitimare? Reſpondemus poſſe in tantum legitimare, in quantum non præjudicat juri aliis, pone, hæredibus ab inteſtato abſolutè quæſito. Ratio affirmandi eſt, quia illa radix illegitimitatis unicè dependet tam in fieri, quàm in conſervari, ita & auferri, à voluntate S. Pontificis, qui hoc impedimentum ſtatuit: ergo poterit S. Pontifex illam radicem tollere, & matrimonium invalidum retrò pronuntiare validum. *arg. Clem. un. de immunit. Eccleſ.* Neque hanc poteſtatem ſibi negat Pontifex *in d. cap. 13. qui fil. ſint leg.* ubi ipſemet fatetur, ſe, quoad ſæcularia, non poſſe legitimare; nam loquitur de legitimatione directa: quando ſcilicet nullum præceſſit matrimonium, cùm hic deficiat fundamentum legitimationis. Neque potuit in caſu textûs matrimonium ſecundum, vivente priori uxore contra-

(a) Quid ſi viva uxore impetrarent diſpenſationem ad matrimonium contrahendum ſeu convalidandum, & etiam eâ impetrata contraherent, num proles antea ex matrimonio invalido nata legitimaretur. Probabilius negandum, quia eſt proles inceſtuoſa, adeóque legitimationis, ex ſuperiùs dictis, incapax. Limita, ſi S. Pontifex cum hac clauſula in impedimento diſpenſâſſet, quod non videtur excedere illius poteſtatem: *arg. eorum quæ habet P. Schmalzg. qui fil. ſint legit. num. 116.* jungatur Sanchez *de matrim. lib. 8. diſp. 7. num. 18.*

Digitized by Google

tractum, validum pronunciare, cùm fuerit nullum Jure Divino, vid. *Clariſſ. D. P. Colleg. Böckhn in ſelect. Addition. ad tit. qui fil. ſint leg.* Hæc reſolutio tamen redditur difficilis, tum, quia matrimonium in poſito caſu abſolutè eſt impoſſibile, impoſſibilia autem à legibus non finguntur, tum potiſſimùm, quòd etiam Princeps ſæcularis habeat jus jam quæſitum, ut talem illegitimum non teneatur pro legitimo agnoſcere. Quòd autem hæc legitimatio (extra cauſam boni publici) non obtineat in præjudicium illorum, quibus jus jam perfectè quæſitum eſt, elucet ex vulgatis principiis, quòd etiam Princeps non poſſit jus quæſitum auferre: multò minùs alteri Principi præjudicare: oſtenditur hæc limitatio à pari. Pone Titium condidiſſe teſtamentum ex defectu teſtium invalidum, & ita deceſſiſſe, poteríne hæres in tali teſtamento inſtitutus Principem accedere, & rogare, ut diſpenſet in radice nullitatis, & ita pronunciet teſtamentum invalidum retrò validum? Sicut hoc regulariter non admittes, quia adimeret jus hæredibus ab inteſtato per mortem teſtatoris jam quæſitum, ita nec prius admittere poteris ob eandem rationem.

Legitimare poteſt II. Imperator pro toto Imperio, vel per ſe, vel per alios, ſcilicet per Comites Palatinos, quibus competit facultas, tum creandi Notarios, tum legitimandi ſpurios; cùm tamen illorum poteſtas ſit limitata, qualis & quanta ſit ex eorum, ùt vocant, Diplomate deſumendum eſt: nec enim, ut teſtatur *Gail. 2. obſ. 42. num. 9.* poteſt Comes Palatinus legitimare, exiſtentibus liberis legitimè natis, (a) niſi in ſpecie hæc facultas in Diplomate conceſſa ſit.

Legitimare poſſunt III. Electores, principes, cæteríque Imperii Status pro ſuis territoriis, ac ſtatibus; gaudent enim Majeſtate quâdam analogicâ, vi cujus tantum poſſe dicuntur in ſuis ſtatibus, & provinciis, quantum Imperator pro toto Imperio. *Stryck. VS. Mod. Pand. de his, qui ſui vel alien. Jur. §. 14.*

Objectum hujus legitimationis, Jure Juſtineaneo ſpectato, erant 59 tantùm liberi naturales, ſeu ex concubina ſuſcepti: hodiernis autem moribûs regulariter legitimantur illi, qui ſunt ex copula ſimpliciter prohibita, id eſt ex talibus perſonis, inter quas potuit ſtare matrimonium, ſuſcepti, ſi verò ſermo ſit de poteſtate extraordinaria, poſſunt etiam nefarii, inceſtuoſi, adulterini, & ſacrilegi legitimari; legitimatio enim eſt opus à ſola Principis voluntate dependens, ſicut ipſa illegitimitas authoritate legis ad coërcendam concupiſcentiam fuit introducta *nov. 74. c. 1. & 2.*

X For-

(a) Item neque filios Comitum, Baronum, aliorúmque Illuſtrium, ſeu Nobilium. *P. Schmalzg. qui fil. ſint leg. num. 106.*

60 Forma ſita eſt in requiſitis. Requiritur autem I. ut obtineri ampliùs nequeat legitimatio per ſubſequens matrimonium, fortè, quòd Mater ſit mortua, aut maritô ſe fecerit indignam, ut cum illa matrimonium honeſtè contrahi non poſſit, vel etiam, ſi matrimonium ob impedimentum ſuperveniens v. g. Sacerdotii, profeſſionis religioſæ &c. ſubſiſtere non valeat, quia exiſtente remediô ordinariô, non debemus recurrere ad extraordinarium. Requiritur II. ut liberi (ſi tantæ ſint ætatis, ut negotium cadat ſub illorum intellectum) in legitimationem conſentiant *d. nov. 89. c. 11.* Requiritur III. ut Pater, qui filium in ordine ad ſucceſſionem legitimari cupit, Principi ſupplicet, & non habeat liberos legitimè natos, vel ſi habeat, hoc exprimat; Princeps enim non præſumitur velle, imò regulariter non ſolet legitimare in præjudicium liberorum legitimè natorum; ſi tamen Pater fuerit morte præventus, vel aliàs pro legitimatione rogare impeditus, ſufficit, ſi filius legitimandus per teſtamentum oſtendat paternum legitimandi deſiderium *d. nov. 74. c. 2. §. 1. d. nov. 89. c. 9. §. 1. & c. 10.* Hòc requiſitô tamen tantùm opus eſt, ut legitimatus patri ſuccedat; nam extra hunc effectum etiam filius pro obtinenda legitimatione ſupplicare poteſt. *Stryck d. l. §. 18.* (a)

61 Effectus hujus legitimationis eſt, quòd liberi illegitimi efficiantur legitimi, ac eodem ferè jure gaudeant, quô liberi ex juſto thoro nati, ſeu per matrimonium ſubſequens legitimati. Dictum fuit *ferè:* nam imprimis non admittuntur ad feuda, ùt de his certum eſt ex *2. feud. 26. §. 4. verſ. NATURALES*, nec ad primo-genituras, vel majoratus, item ad Aſſeſſoratum Cameræ, vel alterius Excelſi Dicaſterii, ùt poſt alios teſtatur *Magnif. P. König, qui fil. ſint leg. num. 41.* Deinde Legitimati per ſubſequens matrimonium habentur ubique pro legitimis, & reſpectu omnium: legitimati autem per Reſcriptum Principis tantùm in territorio Principis legitimantis, niſi alterius territorii Dominus ſponte illos velit agnoſcere, quia, ſaltem cum effectu, eſt actus juriſdictionis, quæ extra territorium vires non exſerit: & non reſpectu omnium agnatorum quoad effectum ſucceſſionis, niſi in legitimationem hac intentione conſenſerint, ſed ſolummodò reſpectu patris legitimationem impetrantis, ùt advertit *Gerard. Nood. ff. de his, qui ſui vel alieni Jur. ſunt in fin. Vinn. h. ad §. ult. num. 6.* hinc etiam eſt, quòd æquiparentur fratribus conſanguineis, & ideo à germanis in ſucceſſione collateralium excludantur, ut notat *Stryck in Theſ. juris tit. de his, qui ſui vel alien. jur. n. 17.*

Ul-

(a) Requiritur ulteriùs, ut legitimandus ſit ſubditus legitimantis, ita ut aliàs non valeat etiam quoad bona in territorio legitimantis ſita. *Laud. Schmalzg. ubi ſupra n. 124.* Ratio haud dubiè erit, quòd legitimatio primariò reſpiciat perſonam, quatenus eſt qualitas perſonalis, & bona tantùm ſecundariò.

Ultima denique (priore tamen antiquior, utpote à Theodoſio in- nta *l. 3. & 4. C. de nat. lib.*) eſt legitimatio per oblationem Curiæ. ter enim poterat filium illegitimum eo fine Curiæ oneribus offerre, ut t legitimus. Abhorrebant equidem plerique aut voluptatibus, aut ılicis Dignitatibus potiùs, quàm laborioſis officiis inhiantes, Decu- ›num onera (quæ tanta erant, ùt ſæpe Chriſtiani pœnæ locò iis ad- cerentur *Briſſ. l. 4. Ant. c. 18.*) ita ut, aufugientibûs Decurionibûs, Cu- e planè exhauſtæ eſſent, opus igitur erat, ut privilegio allicerentur. Ve- m cùm hic modus, omnium teſtimoniô, ab uſu receſſerit, hodie enim uriæ munera non ampliùs fugiunt homines, ſed prece, pretióve ambiunt, *opp. h. §. ult.* non juvat eidem immorari; licèt cum alleg. *Stryck §. 19.* mitti poſſit, ſpurium à Principe ſcienter ad Senatoris munus ſuſceptum, sô factô fieri legitimum, cùm illegitimi non ſoleant admitti.

TITULUS XI.

De Adoptionibus.

TErtius demum modus inducendi patriam poteſtatem eſt Adoptio: 1 *Equidem non ſolùm naturales liberi* (ſunt verba Imperatoris *in princ. Inſt. h. t.*) *ſecundùm ea, quæ diximus, in poteſtate noſtra ſunt, verùm iam, quos adoptamus.* Ubi nota pet naturales hic intelligi juſtis nuptiis ocreatos, quatenus opponuntur adoptivis, ſeu ex ſola diſpoſitione ju- :, non naturâ talibus, ſecùs ac in materia de legitimatione, ubi per na- rales veniunt filii ex concubina ſuſcepti, prout opponuntur legitimè tis.

Definitur autem Adoptio, quòd *ſit actus legitimus, quo ii, qui na- ıâ liberi non ſunt, in locum liberorum aſſumuntur l. 1. & 25. §. 1. ff. h. t.* ıcitur notanter: *Actus legitimus,* quia certâ & ſolemni formulâ (quàm hibet *Heinec. Antiq. Rom. ad Inſtit. h. num. 25.* & nos infra) prævia trina ıancipatione peragebatur: hinc non poteſt fieri per alium *l. 24. & 25. 1. ff. d. t.* neque recipit diem, aut conditionem *l. 34. ff. eod. arg. l. 77. R. J.*

Dividitur *in Adoptionem in ſpecie, & Arrogationem §. 1. h.* Illa eſt, 2 ando homo alieni juris, ſeu filiusfamilias in filium aſſumitur, & ›dividitur in *perfectam*, & *imperfectam*. *Perfecta* eſt, quæ fit ab endentibus (ſuppone in linea recta v. g. Avo, Proavo) *Imperfecta,* æ fit ab extraneo, ſeu quocunque alio, qui non eſt aſcendens, vel am ab aſcendente, ſed fœmina *§. 2. & 10. h. l. penult. C. eod.* In

 Di-

Digitized by Google

Digeſtis enim hujus diviſionis non reperitur veſtigium. Jure namque Digeſtorum omnis adoptio tribuebat patriam poteſtatem, & conſequenter erat perfecta, *arg. l. 32. & 33. ff. d. t. cit. Heinec. d. l. num. pen.* Arrogatio (vel ab interrogatione patris & filii, ùt vult *Cajus Inſt. lib. 1. tit. 5. §. 1.* vel à rogatione ad populum in Comitiis Curiatis, ùt defendit *Heinec. d. l. §. 5.* ita nuncupata) dicitur, quando homo ſui juris, ſeu paterfamilias in filium aſſumitur. Formula Arrogationis videri poteſt apud *cit. Heinec. d. l. §. 10.* (& hic *ad num. 7.*) qui *num. 5.* oſtendit Atrogationem multò eſſe antiquiorem adoptione.

3 Interim tamen non exiſtimes, modum iſtum aſſumendi in filium origine eſſe Juris Romani, cùm apud alios populos fuerit frequentatus, uti probat exemplum de filia Pharaonis Moyſen adoptante *Exod. 2. verſ. 10.* ibi: *quem illa adoptavit in locum filii, vocavitque nomen ejus Moyſes* (a) Eſto apud Romanos magìs fuiſſe in uſu, nemo, niſi hiſtoriæ ignarus, inficias ibit. Rationes adoptionis affert *Hopp. loc. cit.* tum, ut ſterilitati conjugii, & ita familiarum mortalitati, quaſi conſuleretur, tum etiam, ut qui degeneres haberent liberos, adoptione meliores ſibi quærere poſſent. Alias rationes ſtatui Romanorum magis congruas numerat memoratus *Heinec. d. l. §. 1. 2. & 3.*

4 Cauſa efficiens proxima (Remota enim eſt jus de quo dictum) eſt adoptans. Adoptare autem poteſt, qui non prohibetur. Prohibentur alii abſolutè, alii ſecundùm quid. Abſolutè prohibentur I. qui naturâ generare non poſſunt, quales ſunt *Impuberes*, Natu-*minor* natu-*majorem arg. §. 9. Inſt. & l. 2. §. 1. l. 16. ff. h. t.* Adoptio quippe naturam imitatur, ubi autem deficit natura, etiam deficit poſſibilitas, & ubi deficit poſſibilitas, deficit fictio; cùm fingantur quidem hìc & nunc falſa, ſed nullatenus impoſſibilia *arg. §. 4. h.*

An huc ſpectent Caſtrati? Negat de Caſtratis ſine ſua culpa *Coccej. in Jur. Controv. h. q. 1.* quia non ex natura in communi, ſed vitiò tantùm naturæ generare non poſſunt. Et hinc vel maximè eis concedenda adoptio, illis enim, qui non abſolutè, ſed tantùm ex vitio temporali naturæ ſunt inhabiles, regulariter eſt adoptio prohibita, conſequenter erit

(a) Apud quasdam Gentes, præſertim Barbaras, ajunt, matres partum ſimulâſſe, quod docet locus Diod. Sic. Biblioth. VI. 40. de adoptione Herculis qui ita habet. *Juno lectum ingreſſa Herculem corpori ſuo admotum, ut verum imitaretur partum ſubter veſtes ad terram demiſit, quem in hoc usque tempus adoptionis ritum Barbari obſervant.* Fuiſſe & apud Romanos adoptiones privatim & domi apud lectos Geniales (qui in nuptiis ſternebantur in honorem Genii) peractas rurſus patet ex loco Plinii panegyr VIII. ibi: *itaque non tua in CUBICULO, ſed in templo, nec ante GENIALEM TORUM, ſed ante pulvinar Jovis optimi maximi adoptio peracta eſt.*

Digitized by Google

rit illis (a) præprimis indulgenda, qui tali vitio affecti ſunt. Textus ontrarios, ùt eſt *§. 9. b.* intelligit Author de Caſtratis ſuâ culpâ talibus.)e Spadonibus certum eſt, quòd huc ad prohibitionem non ſpectent *'. §. 9. b. & l. 40. §. 2. ff. eod.* ſive ſint Thlibiæ, quibus teſticuli attriti .nt (gequetſcht) ſive *Thlaſiæ*, quibus teſtes ſunt fracti (wie ein zer- tettener Apfel) *vid. l. 128. ff. de V. S.*

Prohibentur abſolutè II. filiifamilias, quia, qui ipſe ſub poteſtate ſt, alium ſub eadem poteſtate habere non poteſt. *l. 21. ff. ad L. Jul. de ldult.*

Prohibentur III. qui non ſunt majores plena pubertate, id eſt, 8. annis ipſo adoptando *§. 4. Inſt. l. 40. §. 1. ff. b. t.* Eſto enim naturaiter, quandoque contingat, ut major 14. annis generare valeat, leges amen adoptionis ſpectârunt id, quod frequentius, & ordinariè fieri ſoet: ordinariè autem potentia generandi perfecta primùm poſt annum 18. ıdvenire ſolet.

Dubitatur, num annus 18. debeat eſſe completus, utrùm verò ufficiat inchoatus. Probabilius videtur, debere eſſe completum, quia uxta *citt. tt.* adoptans, decem & octo annis debet adoptatum præcede-e, ille autem, qui tantùm inchoavit annum 18, nondum propriè dici ıoteſt octodecim aunis, ſed ſolummodò ſeptendecim præcedere; jungatur *l. 49. pr. ff. de leg. 1.*

Nec obſtat *§. ult. quib. ex cauſ. manum. non lic.* nam aliud eſt anıum decimum octavum *attingere*, aliud decem & octo annis *præcedere.* Eòdem modô proportionaliter reſponderi poterit ad *l. 13. ff. de manumi. vind. & ad l. 48. ff. de cond. & demonſtr.* (ex qua ex Germania ad Imperatorem Aurelium fuiſſe appellatum apparet) nec non ad *l. 74. §. 1. f. ad SCtum Treb.* Imò, uti conſideranti patebit, hi textus in verbis: *non eſſe minor: attingere: pervenire*, explicationem ſecumferunt: *vid. Thomas. ad Huber. b. num. 6.*

Secundùm quid, hoc eſt ſine prævia cauſæ cognitione prohiben- 5
ur adoptare I. *Fœminæ*, cùm ſint incapaces patriæ poteſtatis *§. 10. b. t.*

X 3 Ni-

(a) Unde inferimus, tum ſpadones (quorum nomine, præſertim in materia favorabili, etiam veniunt caſtrati *arg. l. 39. in fin. ff. de jur. dot.*) tum omnes ii, quorum perpetuum eſt generandi impedimentum, poſſe adoptare. Ita colligitur ex *l. 2. §. 1. l. 40. §. 2. h. t.* Siquidem qui impedimento tantùm temporali ſunt affecti, regulariter, & niſi cauſâ cognitâ, ſunt prohibiti, cùm debeant potiùs ſtudere generationi naturali *l. 15. § 2. ff. eod.* Tantummodo igitur illis eſt adoptio prohibita, quibus obſtat defectus naturalis ad generandum in communi, ut ſi natu minor vellet adoptare natu majorem, vel aliquem in nepotem aſſumere, quem adoptans non præcedat duplici pubertate. Ita intelligimus *§. 4. b. & l. 16. ff. eod.* Non item iis, quibus tantùm obſtat defectus ex vitio naturæ particulari. Quænam ſint vitia naturæ particularia videri poteſt in *l. 1. §. 7. ff. de ædilit. Edict.*

Digitized by Google

Nihilominus tamen, ſiqua mulier, liberis amiſsis, ad blandiendum, ac imponendum dolori, liberorum nomina deſideret, conceditur ex Reſcripto Principis adoptio, ſed impropria, & minùs perfecta, cùm non tribuat patriam poteſtatem, cujus fœmina planè eſt incapax *l. 29. §. 3. ff. de inoff. teſtam. l. 5. C. h. t.* Prohibentur II. *Minores 60. annis*, quia generationi potiùs, quam adoptioni ſtudere debent. *l. 15. §. 2. ff. d. t.* III. *Tutores*, & *Curatores* non permittuntur adoptare ſuos pupillos, ſeu minorennes *l. 17. pr. & §. 1. ff. eod.* niſi, causâ cognitâ, appareat hoc fieri ex arctiſſima, eáque ſincera affectione, ita intellige *l. 32. ff. eod.* IV. *Qui liberos naturales* habet *d. l. 17. §. 3.* quia adoptio in defectum naturæ fuit adinventa: excipe, ſi liberi naturales furioſi ſint, aut mente capti, vel aliàs ad generandum inepti, aut immorigeri *arg. l. 15. §. fin. ff. h.* V. *Qui ſemel adoptavit*, & rurſus adoptatum è poteſtate dimiſit *l. 37. §. 1. ff. eod.* Excipe, rurſus, ſi Pater ſit, quia non tam readoptare, quàm in poteſtatem priſtinam filium revocare cenſetur. *l. 12. ff. h. Clariſſ. D. D. Franz. p. m. ad h. t. §. 3. in fin.*

6 Objectum Adoptionis ſunt ii, qui adoptantur: Adoptari verò poſſunt omnes, qui non prohibentur. Olim quidem nec fœminæ, nec pupilli poterant arrogari; non illæ, quia erant incapaces Comitiorum; non iſti, quia ſibi Authores eſſe non poterant: tutor autem excludebatur. Verùm illud ſublatum eſt in *l. 21. ff. h.* cùm ceſſet Comitiorum ratio; hoc in *§. 3. Inſt. l. 17. §. 1. & 2. ff. eodem.* Cæterùm poteſt, quis tam in filium, quàm in nepotem adoptari, & quidem etiam ab eo, qui filium nunquam habuit *§. 4. Inſt. l. 37. ff. d. t.*

Nec obſtat, quòd adoptio imitetur naturam; implicat autem naturaliter illum, qui nunquam filium habuit, habere nepotem. Nam non imitatur naturam abſolutè, ſed tantùm ſecundùm quid, aliàs deberet adoptio producere filios verè tales: Deinde hoc argumentum nimis eſſet bonum, quia ſequeretur contra *l. 30. ff. h. t.* quòd, qui uxorem nunquam habuit, non poſſit adoptare, cùm ſine uxore Pater eſſe non poſſit *arg. l. 5. ff. de in jus voc.* vel etiam reſponderi poteſt, quòd adoptio imitetur naturam non poſitivè, ſed negativè, quatenus nihil facit, ſeu fingit, quod naturæ, ſeu ejus poſſibilitati contrarium eſt, ſufficit igitur, quòd potuerit naturaliter habere filium, & ex eo nepotem, adeóque debet eſſe 36. annis, ſeu duplici pubertate perfecta, major ipsô adoptandô. Si autem filium habens aliquem in nepotem aſſumat, requiritur conſenſus filii *§. 7. Inſt. l. 6. ff. d. t.* ne ipſi invito (ſcilicet per adoptionem perfectam, vel arrogationem) agnaſcatur hæres, quem deberet in teſtamento inſtituere.

Nec obſtat *l. 44. ff. h. t.* ubi videtur deſumi poſſe, nepotem adoptatum non agnaſci filio; nam loquitur de nepote ex filio incerto adoptato.

Nec obſtat ulteriùs, quòd ſi Avus nepotem ex filio alteri det adoptandum, non requiratur conſenſus filii *d. §. 7.* nam diſparitas eſt, quòd filio non fiat præjudicium, cùm poſt mortem Avi retineat omnia ſua jura, quæ adoptione (intellige imperfectâ (a)) non factâ in filium habuiſſet *§. 2. h.*

Adoptari econtra non poteſt I. ſervus, & ſi de facto adoptetur, non quidem fit filius, ſed tamen libertate donatur *§. fin. h.* II. Filius naturalis à Patre naturali *l. 7. C. de nat. lib.* ne adoptio videatur ſuffragari paternæ libidini. III. Nemo in fratrem adoptari poteſt *l. 7. cod. de hæred. Inſtit.* quia natura non fratres, ſed filios generat.

Forma conſiſtit in requiſitis. Fiebat olim adoptio (b) per tres Emancipationes, & duas Manumiſſiones, ùt loquitur Imperator *in l. ult. C. h.* rationem vide apud *Hub. h. n. 1.* Arrogatio fiebat coram populo, rogatione Comitiis curiatis perlata: (c) Uterque inſuper rogabatur, an ille Pater, & alter filius eſſe velit? *Laud. Hub. d. l. num. 2.* Jure noviori requiritur tam in adoptione, quàm arrogatione *conſenſus eorum*, quos adoptionis negotium tangit, videlicet adoptantis, & adoptati, ita tamen, ut in adoptione ſufficiat conſenſus tacitus adoptati, ideóque, ut non contradicat *§. 8. Inſt. quib. mod. jus patr. pot. ſolv.* in Arrogatione verò expreſſus *l. 5. ff. h. t.* unde inferunt, infantem non poſſe arrogari, cùm nec tacitè, nec expreſsè poſſit conſentire. In adoptione in ſpecie requiritur inſuper Authoritas Magiſtratûs, & quidem Jure Juſtinianeo, penes quem erat actio legis, ſeu, cui in ſpecie datum erat adoptiones confirmare *l. 4. ff. h. l. 1. C. eod.* Quapropter eſto non

7

(a) Num ergo in perfecta opus erit conſenſu filii? Neque ob *§. 7. quib. mod. jus patr. pot. ſolv.* Cur ergo, rogas, addimus *Imperfecta?* quia in perfecta filius jura, quæ habuiſſet, adoptione non facta, haud retinet; hinc non quadraret ratio, cùm utique, adoptione non facta, obtineret in ſuum filium patriam poteſtatem. Si regeras, ergo hoc ipſo opus erit conſenſu filii, cùm jus aliquod amittat: Reponimus, non amittere jus actuale, ſed tantùm in ſpe tale, quæ ſpes valde eſt fallibilis, dum Avus poteſt pro libitu nepotem emancipare, *d. §. 7.*

(b) Cujus formula hæc erat: *Mancupo tibi* (ita pater adoptanti) *hunc filium, qui meus eſt,* Cui adoptans æs tenens & filium apprehendens: *Hunc ego hominem jure Quiritium meum eſſe ajo, iſque mihi emptus eſto hoc ære, hâc aneâque librâ*

(c) His verbis: *Velitis jubeatis Quirites, uti L. Valerius L. Titio tam jure legéque filius ſibi ſiet, quam ſi ex eo patre, matréque familias ejus natus eſſet, utique ei vitæ necisque poteſtas ſiet. Hæc uti dixi, ita vos Quirites rogo.* Cæterum ratio trinæ emancipationis & duplicis manumiſſionis in adoptione requiſitæ videri etiam poteſt in noſtra *Diſſ. ad lib. 1. Pandect. h. t. §. 2. in princ.*

Digitized by Google

non debuerit eſſe competens reſpectu ipſarum perſonarum *l. 36. §. 1. ff. h. t.* cùm adoptio ſit actus jurisdictionis voluntariæ ſimplicis, ubi nulla opus eſt cauſæ cognitione, ejusmodi verò actus poſſint fieri coram quocunque Magiſtratu etiam reſpectu perſonarum incompetente *l. 2. pr. ff. de off. proconſ.* debebat tamen eſſe Magiſtratus competens reſpectu ipſius actûs. Moribûs hodiernîs quemlibet Magiſtratum eſſe competentem reſpectu etiam ipſius adoptionis actûs, teſtantur *Stryck. VS. Mod. Pand. ad h. tit. §. 5. Hopp. ibid. ad §. 1.*

In Arrogatione ſive ſit puberis, ſive impuberis intervenire debet non tantùm *Reſcriptum Imperatoris* (hodie Principis territorialis) ſed etiam *Authoritas* Tutoris, vel *conſenſus* Curatoris, ac inſuper *cauſæ cognitio. §. 1. & 3. l. 2. & 8. ff. l. 2. C. h. t. l. fin. C. de author. præſt.* *Reſcriptum Principis*, quia ex homine libero, & ſui juris fit alieni, adeóque caput amittit: *Authoritas* tutoris vel *conſenſus* Curatoris unà cum *cauſæ cognitione;* quia hic deficit conſilium patris, quòd optimum præſumitur. In cauſæ cognitione reſpiciendum I. tam ad facultates arrogantis, quàm arrogandi, ne Arrogans ſuum potiùs, quàm arrogandi commodum præ oculis habeat *l. 2. Cod. h.* II. Ad mores, atque ætatem arrogatoris. Nec non III. ad numerum liberorum ſi habeat. *vid. l. 15. §. 2. l. 17. §. 2. & ſeqq. ff. h. t.*

8 Quòd ſi ſit Arrogatio impuberis, debent ulteriùs duo caveri: *Primò* debet Arrogator promittere, quòd ſi impubes arrogatus moriatur adhuc in impubertate, velit reſtituere bona illis, ad quos, adoptione non factâ, perveniſſent. Et hoc ideo, tum, ut periculo inſidiarum, quas fortè arrogator ſpe acquirendi hæreditatem impuberis, cui ſe ſuccedere ſciret, ſtruere poſſet, obviaretur, ùt vult *Hopp.* tum etiam (uti mihi videtur) quia proximi illius conſanguinei jam habent jus quæſitum ad illius hæreditatem, ſi moriatur in impubertate; cùm non poſſit facere teſtamentum, & illos excludere: Diſpar eſt conditio puberis, in cujus arrogatione hac cautione ideo non eſt opus, quia agnati ſpem ſuccedendi tam certam non habent, cùm jam poſſit teſtamentum facere, & illos excludere, ſicut igitur poteſt pubes per teſtamentum conſanguineos privare ſpe ſucceſſionis, ita & per arrogationem. *Secundò* debet Arrogator cavere, quòd, ſi arrogatum ſine juſta cauſa emancipaverit, præterierit, aut exhæredaverit, præter bona ipſius arrogati (a) velit eidem *relinquere quartam* ſuorum bonorum. Dicitur *ſine juſta cauſa.* Ju-

(a) Quæ ſtatim recuperat: Quartam verò primò poſt mortem arrogantis *arg. l. fin. ſi quid in fraud. patr.* In verbo *relinquere.* Addatur *l. 1. §. 21. ff. de collat.* Ita tamen, ut ſi emancipatus ante arrogatorem deceſſerit, illam ad hæredes tanquam æs ſibi debitum transmittat *arg. d. l. 1. §. 21. Vid. Barboſ. h. ad §. 4. in fin.*

Digitized by Google

uſtæ cauſæ emancipationis ſunt eædem, quæ exhæredationis *arg. l. 132. ff. de V. O. Hopp. ad §. 3. h.* Idcirco non intelligitur textus de emancipatione, quæ fit honoris causâ, ùt *in §. 6. quib. mod. jus patr. pot. ſol.* ſed de illa, quæ fit in pœnam, ſeu contumeliam. Cùm tamen impuberes cauſam exhæredatione dignam vix committere poſſe videatur, aliam viam ingreditur *Coccej. Jur. Controv. h. t. q. 5.* quem ſi placet, vide. adjatur *Voët. ff. h. t. num. 3. in fin.* Dictum fuit *relinquere.* An ſtatim, ſicut ipſa bona propria unà cum fructibus, num primùm poſt mortem? Primùm poſt mortem: ſiquidem *relinquere* indicat actum ultimæ voluntatis *l. 1. in fin. ff. de tabb. exhib.* Clariùs id deducere licet *ex l. ult. ff. quid in fraud. patr.* ubi ex bonis, quæ mortis tempore fuerunt penes defunctum, quarta hæc deberi dicitur.

Gravius hic occurrit dubium, utrùm iſta quarta ſit quarta omnium bonorum (intellige) quæ remanent deducto ære alieno *arg.* l. *8. §. 9. ff. de inoff. teſtam.* an verò quarta quartæ, id eſt quarta tantùm legitimæ, ſeu, ùt alii dicunt, quarta portionis ab inteſtato debitæ? In eo ferè conveniunt, quòd ſit quarta omnium bonorum, ſi unus tantùm adſit arrogatus, & ſimul deficiant filii naturales, adeóque ſi ſolus & unicus ſit, qui eſt caſus regularis arrogationis, nam regulariter nec plures poſſunt arrogari *l. 15. §. 3. ff. h. t.* nec etiam arrogare permittitur, qui liberos naturales habet: *l. 17. §. 3. ff. eod.* & de hoc caſu ordinario, ac regulari intelligunt *§. 3. Inſt. l. 22. pr. ff. l. 2. C. h. t.* nec non *l. fin. ff. quid in fraud. patr.* ùt videre eſt apud *Huber. d. t. num. 6. Hopp. & Vinn. ad §. 3. eod.*

Cardo difficultatis igitur in eo vertitur, ſi vel adſint plures arrogati, vel cum arrogato concurrant filii naturales? Probabiliter defenditur cum *Clariſſ. D. D. Franz h. t. §. 5. num. 10. & Clariſſ. D. D. Ayblinger h. t. eod. num. 17.* etiam his caſibùs deberi arrogato quartam omnium bonorum, cùm præfati textus non diſtinguant, num ſolus ſit, an cum aliis concurrat. (a)

Neque eſt caſus planè extraordinarius, ut ob ſpecialem affectum erga duos v. g. ambo arrogentur, vel, ut quis habens liberos fortè ſtupidos, vel immorigeros de aliis, causâ cognitâ, ſibi proſpiciat, ùt patet ex dictis *h. n. 5. circa fin.* vel poſtea, uxore ducta, liberos ac-

Y qui-

(a) Notentur tum verba *d. §. 3. h. Jubetur quartam partem ei bonorum SUORUM* relinquere, cùm etiam l. 2. C eod *Ita ut bonorum TUORUM quarta pars tam in poſtremo judicio tuo, quàm ſi à te emancipatus fuerit, præbeatur.* Reſpondent, hoc intelligendum, ſi ſolus ſit. Sed contra: Hoc ipſo, quod, dum ſit arrogatio, habeat jus ex cautione abſolutè & indiſtinctè quæſitum ad quartam omnium bonorum, eſto poſtea arrogator alios filios acquirat, jus illud non poſſit, nec debeat minui, vid. cit. noſtra Diſſ. *h. t. num. 5. verſ. Non tamen.*

Digitized by Google

quirat. Quapropter nil vetat, ſi hos textus intelligamus etiam de his caſibus, cùm haud difficulter contingere poſſint. Roboratur hæc ſententia validiſſimè ex eo, quòd aliàs impuberes non tantùm nihil haberent ſpeciale, cùm quarta legitimæ omnibus filiis competat, ſed etiam eorum conditio eſſet facta per conſtitutionem D. Pii deterior, quàm puberum, dum iſtis, ſi ſint injuſtè exhæredati, competit querela inofficioſi teſtamenti, quâ totum teſtamentum reſcinditur, quæ tamen impuberibus per conſtitutionem D. Pii non indulgetur *l. 8. §. 15. ff. de inoff. teſtam. Voët. ff. b. num. 5.*

Neque abſurdum eſt, ùt opponunt Patroni ſententiæ contrariæ, ſi admittatur, arrogatos eſſe melioris conditionis, quàm naturales, quibus tantùm competit quarta portionis ab inteſtato: Nam imprimis Pater arrogans ab arrogatis habet majus commodum, quàm à naturalibus cùm illi ſe, & ſua tranſtulerint in poteſtatem arrogantis: Deinde filios naturales jam commendat affectus naturalis ita, ut caſus rarus ſit, ubi pater filiis morigeris tantùm legitimam relinquat; quoniam igitur in filios civiles deficit amor paternus, debuerunt jura iis magis proſpicere.

Quid, ais, ſi quinque arrogarentur? Reſpondetur vel hoc nunquam admiſſum iri, vel ex uno caſu extraordinario, ſequi alium, eos ſcilicet habituros tantùm quintam partem.

Interrogas hic, quænam ergò quarta priùs foret deducenda, an arrogati, vel filiorum naturalium? Reſpondetur arrogati, quia habet jus ex cautione quæſitum, adeóque debetur tanquam æs alienum magis rigoroſum, quàm legitima, quæ primùm deducitur deductô planè ære alieno.

Effectus alius eſt Arrogationis, alius Adoptionis. Arrogationis effectus eſt, quòd non tantùm arrogatus, ſed etiam ejus liberi, & bona transferantur indiſtinctè in poteſtatem arrogatoris *§. pen. Inſt. l. 2. §. ult. l. 15. pr. l. 40. pr. ff. b. t.*

Effectus adoptionis variat, ſi enim eſt imperfecta, tantùm operatur ſpem ſuccedendi ab inteſtato *§. 2. Inſt.* & *l. pen. C. d. t.* Dixi, *ſpem*, quia poteſt Pater adoptans teſtamentum facere, & adoptatum excludere. Sunt, qui contendunt, etiam inducere patriam poteſtatem, ſed contra textum apertum in *d. §. 2.* ibi: *nec in poteſtate ejus eſt.*

Neque movere quempiam debet, quod in *d. l. pen. princ.* dicatur ita permanere, *quaſi nunquam fuiſſet in alienam familiam translatus*, conſequenter ſignum eſt, quòd revera fuerit in aliena familia, præſertim, cùm dicatur ibi *emancipari.* Nam fuit quidem in alienam familiam translatus, ſaltem de facto ſine jure patriæ poteſtatis, hoc ipſo, quòd in ipſo textu habeatur, jura patris naturalis minimè diſſolvi; unde etiam ſe-

Digitized by Google

ſequitur imperfectè adoptatum tantùm impropriè emancipari, quatenus ab adoptante dimittitur, & ita jure, ſeu ſpe ſuccedendi ab inteſtato privatur. Si verò eſt perfecta, operatur patriam poteſtatem *d. §. 2.* & *d. l. pen. C. h.* quia naturalia, & adoptiva jura in unam perſonam concurrunt, ita, ùt maneat integrum jus patris adoptivi, & naturale vinculum copulatum, & legitimô adoptionis modô conſtrictum, adeóque ſolvantur jura patris naturalis, cùm duo vincula fortiùs ligent, quàm unum. Unde hic

Nobilis ventilari ſolet quæſtio, utrùm adoptio perfecta (de imperfecta negativa apud omnes in confeſſo eſt) nobilitatem tribuat. Affirmativa, cui poſt alios ſubſcribit *Lauterb. ff. h. t. §. 10. D. Someting. h. t. n. 12.* Jam olim radices egit, neque hujus adhucdum pœnitet. Jure enim Romano veteri, ſi conſiderentur ea, quæ habet *Huber. Digreſſ. p. 1. lib. 2. cap. 24.* hæc ſententia evadit indubitata. Romana ſiquidem nobilitas non, ut hodie, gratiâ Principis, ſed virtutum meritis, rerum geſtarum famâ, ac honorum ſplendore obtinebatur; Romanis, ùt ſatis conſtat, exiſtimabatur Nobilitas ex curulibus Majorum honoribus, ita, ut, qui plurium ſuæ gentis curulium imagines numerabat, nobilitate cæteris antecellere crederetur. Quod autem adoptatus, vel arrogatus jura imaginum fuerit conſecutus, ex eo dubitari vix poteſt, quòd jura ſacrorum, quæ tamen erant familiæ intima, obtinuerit, ùt probat *Briſſ. de V. S. pag. m. 931.* & ea, quæ habet *laud. Hub. d. loc.* Idem colligere licet Jure Romano noviori, ſeu ex Jurisprudentia media. Equidem adoptio tribuit jus agnationis (ad quam utique ſpectat nobilitas, utpote merum juris figmentum) *l. 23.* & *44. ff. h.* & ex conſequenti jus ſanguinis, ſeu cognationis *d. l. 23.* & *l. 8. §. 4. ff. Unde cognat.* omniáque jura familiæ *l. 11. §. 2. ff. de bonor. poſſeſſ. ſec. tabb.*

Accedit, quòd adoptatus, uti tranſit in patriam poteſtatem cum effectu, ita & in familiam *§. 2. h.* non autem tranſiret cum effectu, ſi jura familiæ, adeóque etiam nobilitatis, non obtineret.

Dices I. cum *Clariſſ. D. D. Franz h. t. num. 13.* Eſto ſervus per adoptionem fiat liber *§. ult. h.* non tamen fit ex libertino ingenuus, aut viciſſim *l. fin. ff. h. t.* ergo neque fiet nobilis. II. Nobilitas tribuitur à ſolo Principe, vel à ſanguine, econtrà adeptio fit inter privatos. Verùm nec unum, nec alterum facit ad rem: Non primum, quia ingenuitas deſumitur eſſentialiter à libertate materna, quæ vel tempore conceptionis, vel nativitatis, vel geſtati uteri adeſſe debuit, neque dependet à voluntate Principis, uti ſatis deducitur ex *d. l. fin. ff. h. t.* ubi dicitur, quòd ſervus neque beneficiô Principis poſſit fieri ingenuus, adeóque non procedit paritas ab ingenuitate ad nobilitatem, cùm Prin-

ceps iſtam, non item illam tribuere poſſit: idem de adoptione, quæ ſaltem jura ingenuitatis tribuit *l. 32. ff. de Rit. Nupt.* dicendum. Non ſecundum, quia etiam per adoptionem tribuitur nobilitas à Principe ſaltem mediatè, prout enim fœmina per matrimonium nobilitatur *l. 13. C. de Dignit.* & hoc ideo, quia tranſit in familiam mariti, ita etiam adoptatus per adoptionem fit nobilis, quia ex dictis, tranſit in familiam adoptantis.

10 Solent huic titulo annectere unionem prolium, quando ex pacto parentum liberi diverſi matrimonii ita exæquantur, ac ſi ex eodem matrimonio nati eſſent, & quidem eo fine, ut æqualiter ſuccedant. Fieri debet accedente tum Magiſtratûs authoritate, ac cauſæ cognitione circa facultates, tum etiam conſenſu liberorum, ſeu eorundem tutorum, vel curatorum: verùm, quia unio hæc LL. civilibus non tantùm eſt incognita, ſed ferè penitùs, ùt ait *cit. Stryck. h. t. §. 9.* contraria, cùm contineat pactum futuræ ſucceſſionis jure noſtro prohibitum *in l. 15. C. de pact.* aliis de ea curam relinquimus, vid. interim *Laud. Author d. loc.*

TITULUS XII.

Quibus Modis Jus patriæ poteſtatis ſolvitur.

1 HActenus de modis, quibus patria poteſtas introducitur, videndum jam, quibus modis ſolvatur: Solvitur autem vel abſolutè, & in totum, vel ſecundùm quid. *In totum* ſolvitur I. *Morte* vel Naturali, vel Civili. *Morte Naturali* ſive patris, ſive filii, quòd ſi fuerit nepos ſub poteſtate Avi, morte Avi non ſolvitur, ſed nepos cadit in poteſtatem patris, ſi vivat, & ipſe fuerit ſub poteſtate ſui patris *princ. Inſt. h.* *Mors Civilis* contingit, ſi pater vel filius eximantur è numero Civium, quod fit per *capitis diminutionem* vel *Maximam* (quæ per ſervitutem) vel *Mediam* (quæ per deportationem) vel *Minimam* (quæ per emancipationem inducitur) Eſt autem emancipatio *actus, quo liberi è poteſtate patria dimittuntur.* Erat triplex, Legitima, Anaſtaſiana, & Juſtinianea. *Legitima* abſolvebatur tribùs imaginariis venditiobûs, quæ originem traxit à veris venditionibus Lege Romuli permiſſis, ùt cum aliis probat *Heinec. Antiq. Rom. ad h. tit. num. 6.* In filiabus tamen (idem de nepotibus) ſufficiebat unica imaginaria venditio. *Anaſtaſiana* ab Anaſtaſio Imperatore, qui has imaginariæ venditionis ambages ſuſtulit, ita nuncupata, ſolo Principis Reſcripto peragitur.

Ju-

Juſtinianea, quæ abſque Principis Reſcripto coram competente Magiſtratu (intellige reſpectu ipſius actûs, ſeu penes quem eſt legis actio *. 5. C. de emancip.*) accedente conſenſu tam emancipantis, quàm emancipati perficitur. *vid. §. 6. h. l. pen. & ult. C. de emancip. liber.* Dictum fuit: *Accedente conſenſu &c.* Invitus enim nec pater dimittit, nec filius (a) dimittitur *l. fin. ff. de his, qui ſui vel alien. Jur.* niſi pater hac poteſtate ſeſe indignum fecerit. I. filiam proſtituendô *l. 12. C. de Epiſc. Aud.* II. Liberos exponendô *l. 2. C. de infant. expoſ.* vel III. inceſtas nuptias contrahendo *nov. 17. c. 2.* quamvis duobûs poſterioribûs caſibûs meliùs dicatur pater jus poteſtatis ipſo jure amittere, quàm cogi ad emancipandum.

Caſus alios, ubi pater poteſt cogi, reperies in *l. fin. ff. ſi à par. quis manum. in l. 92. ff. de condit. & dem. l. 32. & ſeqq. ff. de adopt. vid. Hopp. ad §. 10. huj. Hub. ibid. num. 7.*

Hodie emancipationum rarior eſt uſus, ſed communi Europæ conſuetudine invaluit; ut filii, ſi nuptias contrahant, & ſeparatam œconomiam patre conſentiente inſtituant, cenſeantur tacitè emancipati: *Hopp. ad §. 6. h.*

Memoratum eſt ſupra, deportatione ſolvi patriam poteſtatem. Unde Subſiſtis, num etiam Relegatione? Id, quod de Jure negatur (b) *§. 2. h.* limitat de uſu hodierno *cit. Hopp. ad §. 1.* ſi acceſſerit fuſtigatio. Differt autem deportatio à Relectione, quòd deportatio privet civitate, & bonis, non etiam Relegatio *l. 4. & 7. §. 3. ff. de interd. & Relegat.* Deportati in perpetuum; Relegati econtra tantùm ad tempus exeſſe jubentur. *Hub. h. num. 2.* Meliori jure ad deportatos reduces ſervos pœnæ, ſeu damnatos ad metalla, & ad pugnandum cum beſtiis, licèt enim pœna ſervos ampliùs non faciat. *nov. 22. c. 8.* quia tamen civitatem amittunt *l. 39. ff. de pœn.* haud dubiè etiam privantur patria poteſtate, quæ etiam ſpectat ad jus civitatis *§. 2. Inſt. de patr. poteſt.* Ad mortem Civilem trahi etiam poteſt *Moralis;* unde

Solvitur patria poteſtas II. *Profeſſione Religioſa*, ſaltem in quantum

a) Obſtupeſcis, ut adverto: Si invitus, inquis, filius non poteſt emancipari, cur ergo Imperator *in l. pen. C. de adopt.* metuens, ne filius adoptatus rurſus emanciparetur, juſſit, ut in adoptione imperfecta maneat patria poteſtas? Item, filium invitum poſſe emancipari, manifeſtè colligitur *ex §. 3. Inſt. d. t. & l. 132. ff. V. O.* Ita eſt; valet emancipatio, eſto ſit filius invitus, dumodo expreſsè nòn contradicat. Hinc ſi tacet, videtur conſentire, eſto invitus.

b) At relegatus à civitate expellitur: repellitur quidem, ſed ſalvò tamen jure, quod per alium poſſunt exercere *l. 4. l. 7. §. 3 ff. de interd. & releg.* quò facit illud Ovid.

Nec vitam, nec opes, nec jus mihi civis ademit
Nil, niſi me patriis juſſit abeſſe focis.

Monaſterio præjudicat. Quapropter, ſi filius ingrediatur Religionem (idem ſi Pater) ceſſat patria poteſtas, quia totus quantus ſubjicitur poteſtati Prælati, quæ planè alios fines reſpicit. Dixi: *in quantum Monaſterio præjudicat.* Nam in quantum Monaſterio eſt favorabilis, v. g. pro retinendo uſufructu patri Religionem ingredienti competente, ùt infra ſuô locô dicetur, non ſolvitur patria poteſtas, quia, quod eſt in favorem alicujus introductum, non debet in illius odium converti. *c.61. de R.J. in 6.*

3 Solvitur III. *Dignitate*, olìm non aliâ, quàm ſummâ Patriciatûs *§.4. h.* quò ſpectant apud nos Conſiliarii Intimi Imperatoris, vel alterius Principis territorialis. *Hopp. ad d. §.4.* hodie qualiſcunque dignitas, quæ liberat à Curia, id eſt, ab officio Decurionum, etiam liberat à patria poteſtate, *nov.81.c.1.§.1.* Ejusmodi dignitates recenſitas invenies in *l.fin. C.de Decur.* inter quas eſt Conſulatus, Magiſterium militum, Præfectura Prætorii &c. Vel maximè autem hic pertinet Dignitas Epiſcopalis *d.nov.81.c.3.* & inde deſumpta *Auth. ſed Epiſcopalis. C. de Epiſc. & Cler.* per quam derogatur *l.34. C.d.t.* Non enim convenit, ut Epiſcopus, qui Patrem & Paſtorem patriæ agit, adhuc ſubſit patriæ poteſtati. Porrò notes velim, dignitate tantùm ſolvi patriam poteſtatem quoad odioſa, non quoad favorabilia, unde filius ad ejusmodi dignitatem evectus, manet hæres ſuus, (a) neceſſariò à patre inſtituendus, aliàs rurſus, quod eſt in favorem filii introductum, converteretur in illius odium *contra cit.c.61.de R.J. in 6. & l.6.C.de ll.*

Quæres, utrùm Doctoratus liberet filium à patria poteſtate? Reſpondetur negativè, quia hoc nullibi legitur, conſequenter, ſicut militia ſagata à patria poteſtate non liberat *l.3. C. de Caſtr. pecul.* ita nec togata, ab una quippe ad aliam bonum ducitur argumentum. Limitatur cum veriori ſententia, ſi Doctoratui ſit annexa profeſſura *arg. l.6.C. de Profeſſ. & Med.* ubi profeſſura liberat ab omnibus muneribus.

4 Secundùm quid, puta reſpectivè, ſolvitur patria poteſtas *Adoptione perfecta*, ſi ſcilicet filius Avo paterno, vel materno in adoptionem de-

(a) Nolim tamen, ſomniares, jus ſuitatis manere toties, quoties filius ex cauſa ſibi favorabili & honorifica (quod fieri poſſe, negare non ſinit textus *in §. 2. per quas perſon. cuique acquir.*) à patre è poteſtate dimittitur; hoc enim erroneum credimus, cum emancipatione ſive expreſſa, ſive tacita, certum ſit, evaneſcere jus ſuitatis: conſequenter illud brocardicon *ex c. 61. de R. J. in 6. & l. 6. C. de ll.* huc ad cauſas non expreſſas extendi, analogia juris non patitur. Accedit, quod Imp. *in nov. 81. c. 2.* in terminis, ut ajunt, terminantibus diſcrimen fecerit inter caſum ubi patria poteſtas emancipatione (qualicunque) vel dignitate ſolvitur, juſſeritque, ut tantùm in hoc, non in illo jura familiæ, ac ſuitatis ſalva maneant; hinc illud vulgare applicandum: quod exceptio firmet regulam in caſibus non exceptis. Neque tantus eſt emancipationis (qualiſcunque) quantus Dignitatis favor.

Digitized by Google

detur: hic ſolvitur reſpectu patris, & inducitur reſpectu Avi, qui fit pater adoptivus *§. 8. h. §. 2. de Adopt.*

Quandoque etiam patria poteſtas non ſolvitur, ſed tantùm interim ſuſpenditur, videlicet, ſi pater (idem ſuo ſenſu, ſi filius) redigatur in captivitatem, quo caſu ſtatus liberorum fit dubius. Si enim pater revertatur *Jure poſtliminii* omnia priſtina jura recuperat, & ita fingitur nunquam fuiſſe captivum. *§. 5. h.* Dixi: *priſtina jura:* nam ea, quæ facti ſunt, ut recuperentur, novum factum requirunt *l. 12. §. 2. ff. de captiv. & poſtlim. reverſ.* hinc non recuperat poſſeſſionem *l. 23. §. 1. ff. de A. vel A. P.* nec etiam ſine nova apprehenſione uſucapionem continuat *l. 15. ff. de uſur. & uſuc. Hopp. ad d. §. 5. h.* Si verò pater moriatur in captivitate, beneficiô *Legis Corneliæ* ſe habet, ac ſi à momento, quô fuit factus captivus, fuiſſet mortuus; indecoroſum quippe videbatur, Civem Romanum haberi pro captivo, Hodiernîs moribûs hujus fictionis vix erit uſus, cùm noſtri, ſi capiantur ab hoſtibus, omnia jura retineant, conſequenter etiam patriam poteſtatem. Unde quidquid filius durante captivitate patris ex peculio profectitio acquirit, patri acquirit, etſi poſt aliquot annos pater in captivitate decedat, & cogitur acquiſita cum aliis fratribus tanquam bona paterna dividere *cit. Hopp. ibid. Uſu Mod.* Quod ſecus foret dicendum jure Romano, ſeu ex diſpoſitione Legis Corneliæ. *Hub. h. num. 3. in fin.* 5

Notandum tamen, patriam poteſtatem tantùm ſolvi (ſi caſus mortis naturalis excipiatur) quoad effectus Juris Civilis, non naturalis, cùm hi à diſpoſitione juris poſitivi per ſe loquendo, & directè tam parùm dependeant, quàm parùm Princeps efficere poteſt, ne pater ſit pater, & ne filius ſit filius, ac eum ita abſolvere à debita reverentia parentibus præſtanda. 6

TITULUS XIII.

De Tutelis.

Satis de hominibus alieni Juris: tranſeamus ad perſonas ſui juris; quarum aliæ ſunt ita tales, ut nulli poteſtati ſubſint, aliæ, ut adhuc cuidam poteſtati ſubjectæ ſint, & iſtæ ſubſunt vel poteſtati Tutoriæ, vel Curatoriæ. Videamus, quinam ſint ſub poteſtate Tutoria, vel Curatoria, & ita intelligemus cæteros, qui neutro jure tenentur: ac priùs diſpiciamus de his, qui in tutela ſunt. Sumitur autem tutela dupliciter, pro poteſtate dirigendi pupillum, & pro adminiſtratione, ſeu quaſi contractu, quô Tutor & pupillus invicem obligantur,

tur, de quo agitur infrà *lib. 3. tit. 28. §. 2.* & exinde oritur actio tutelæ directa, & contraria. De illa in priori ſenſu modò tractandum.

1 Definitur tutela à Servio *in §. 1. h.* quòd ſit *vis ac poteſtas in capite libero ad tuendum eum, qui ſe propter ætatem defendere nequit jure civili data, ac permiſſa.* Dicitur I. *Vis ac poteſtas*, ut indicetur, quòd tutela non ſit nuda quædam facultas, ſed poteſtas legibus ſtabilita, vî ac efficaciâ debitâ inſtructa, ne vana ſit ſine viribus ira: parile exemplum invenies in *l. 17. ff. de ll.* ibi: *ſcire leges non eſt, verba earum tenere, ſed NB. vim ac poteſtatem:* hinc non opus eſt emendatione, ut locò *vis* ponatur *jus. Hub. Digreſſ. lib. 3. c. 2.* vel dici poteſt cum eodem Authore ad *Inſtit. h. num. 2. poteſtatem* ſignificare facultatem in actu primo. Et *vim* ipſum exercitium in actu ſecundo. Dicitur II. *In capite libero*, quæ verba cum *Clariſſ. DD. Franz p. m. h. §. 2. num. 3.* malumus ad tutorem referre, ut ſenſus ſit; quòd tutela ſit poteſtas in tutore reſidens ad tuendum pupillum. Ita enim ſervatur tum ſenſus genuinæ definitionis (aliàs enim pupillus bis in definitione poneretur, & tutor nunquam) tum grammaticalis dictionis: ſi enim per caput liberum intelligeretur hic pupillus, deberet dici, eſt vis ac poteſtas *in caput liberum* (id eſt pupillum) & poſtea ſenſus juxta regulas continuari: *ad tuendum id, quod* (hoc eſt caput) *ſe propter ætatem defendere nequit &c.* Deinde, ùt non ignoramus per caput liberum, quandoque intelligi, non qui præeſt, ſed qui ſubeſt, unde apud *Ulpianum tit. 11. §. 4. & Gell. l. 5. c. 19.* pupillus *caput liberum* nuncupatur; hoc tamen perpetuum eſſe, neque ex genuino loquendi genere, neque juris authoritate evinces; Interim tamen

Dices: Tutor non debet eſſe caput liberum, cùm etiam filius-familias poſſit eſſe tutor, qui propriè loquendo non poteſt dici caput liberum *arg. l. 8. ff. de probat.* ibi: *liberum quodammodo.* Sed pariter negari non poterit, filium-familiàs ſervo opponi, & conſequenter eſſe caput liberum, quamvis non ſit extra omnem poteſtatem.

Dices ulteriùs, non eſſe novum in jure, ſextum caſum, quandóque poni pro caſu accuſandi, uti patet *ex l. 12. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* ibi; *in hoſtium poteſtate pervenire l. 4. §. 12. & 21. ff. de uſur. & uſuc. redire in poteſtate.* Verùm ſit hoc quandoque; hic certè nulla cogit neceſſitas verba definitionis tam turpiter impropriandi: Cæterùm non eſt dubium, etiam pupillum debere eſſe caput liberum, quia ſervis tutor non datur *arg. l. 1. pr. ff. h. t. Lauterb. ibid. §. 28.* Dicitur III. ad *tuendum*, quod latiùs patet, quàm *defendere*, defendere enim perſonam reſpicit, tueri verò tam ad res, quàm perſonas ſpectat; tutoris autem officium præcipuum quidem eſt (non totum) ne indefenſum pupillum re-

relinquat: ſed nihilominus etiam res tueri debet. Dicitur denique: *Jure civili data, ac permiſſa.* Datur *legitima*, permittitur verò *teſtamentaria*, & *dativa*: Unde

Tutela alia eſt Teſtamentaria, alia Legitima, alia Dativa: de quibus *ſeqq. tt.*

Alia Oneraria, alia Honoraria, alia Notionalis: *Oneraria*, quæ habet annexum onus adminiſtrationis. *Honoraria*, quæ defertur honoris gratiâ. *Notionalis*, quæ injungitur notitiæ causâ. Hujusmodi Tutor dicitur ille, qui non datur, ut adminiſtret, ſed, propter notitiam, quam habet in rebus, & juribus pupillaribus, ut alios tutores inſtruat: obtinet plerumque in Familiis illuſtribus, ubi ſolet adjungi Jurium peritus, cui præprimis committuntur cauſæ in jure controverſæ, ſeu dubiæ, *vid. l. 32. §. 1. ff. de teſtam. tut. l. 14. §. 1. & 6. ff. de ſolut.* Nec non ea, quæ habet *Stryck. VS. Mod. Pand. h. t. §. 19.*

Cauſa efficiens alia remota, alia proxima. Remota, ſi tutela conſideretur quoad ſubſtantiam, probabiliùs eſt jus naturale (a) dictans, ut ille, qui ſeipſum regere non poteſt, ab aliis dirigatur *§. 6. de Attil. tut.* ne natura deficere dicatur in neceſſariis: quod haud dubiè foret intrinſecè malum. Dixi *quoad ſubſtantiam*: quoad modum enim, quòd nimirum quandoque deferatur ex teſtamento, quandoque à lege, & potiùs maſculis, quàm fœminis, conſanguineis, quàm extraneis, ac usque ad pubertatem, eſt juris poſitivi, & quidem, quoad nos, Juſtinianei; ita intellige verba ultima definitionis *Jure civili data, ac permiſſa.* 3

Cauſa efficiens proxima eſt vel Teſtator, vel Lex, vel Magiſtratus pro diverſitate tutelarum, ùt mox videbitur.

Subjectum eſt Tutor quaſi tuitor *§. 2. h. l. 1. §. 1. ff. eod.* Poteſt autem eſſe tutor omnis, qui non prohibetur. Prohibentur alii jure naturali, alii poſitivo. NATURALI prohibiti ſunt generaliter omnes, qui ſeipſos, ſuáque bona dirigere non poſſunt juxta illud: *qui ſibi nequam, cui bonus?* Huc ſpectant Furioſi, Mente capti, Impuberes, Muti, Surdi, & Cæci ſimul, perpetuò Valetudinarii, qui omnes, quamdiu tales ſunt, Tutores eſſe impediuntur. *Lauterb. ff. h. §. 12. & ſeq.* hoc ipſo, quod ipſimet tutelâ vel curatelâ, aut ſaltem adminiſtratore indigeant. 4

JURE POSITIVO prohibentur I. ob defectum ſtatûs, Servi, qui muneris civilis (quale eſt tutela) ſunt incapaces. *l. 32. ff. de R. J.*

Z Item

(a) Naturâ, inſis, civis in civem non habet poteſtatem, niſi vel ratione Imperii, vel domeſticæ ſocietatis: ſit hoc; quid autem vetat hanc poteſtatem reduci ad ſocietatem domeſticam, quatenus patriæ ſuccedit, eſto quoad modum, ſeu determinationem ab imperio promanet?

Digitized by Google

Item Deportati, & Peregrini. Aliter dicendum de hominibus propriis, qui gaudent Jure civili. II. ob ſexum Fœminæ, quæ pariter repelluntur ab officiis civilibus. *l. 2. ff. d. t.* Excipe Matrem, & Aviam, quibus tutela à lege defertur, ùt infrà videbimus. III. ob ætatem Minores 25. annis *l. 5. C. de leg. tut.* fragile quippe eſt illorum conſilium *l. 1. ff. de minor.* ideo ipſi regulariter curatori ſubſunt. IV. ob favorem ipſius pupilli, prodigi. *arg. §. 13. de excuſ. tut. l. fin. C. de leg. tut.* Creditores & debitores pupilli *nov. 72. c. 1. & ſeq.* per quam derogatur *l. 5. §. 4. l. 9. §. 2. & ſeqq. ff. de adminiſt. & per. tut. l. 8. C. qui dari tut. poſſ. l. 7. C. de excuſ. tut.* periculum enim ſubeſt, ne apochas, & chirographa intervertant, atque hoc modo pupillum probationibus exarment. Quòd ſi contra hanc prohibitonem, debitô diſſimulatô, tutelam ſuſcipiant, ſi eſt creditor, debitô ſuô cadit, ſi debitor, non liberatur, etiamſi ſolvat. *d. nov. & Auth. C. qui dari tut. poſſ.* Hæc prohibitio tamen unà cum pœna non facilè obtinebit in iis locis, ubi inventarium Authoritate publica conficitur; illíque tam debita, quàm credita inſeruntur, cùm hic ceſſet periculum, niſi fortè creditor, vel debitor ſcienter debitum, aut creditum diſſimulaverit. Aliæ limitationes (quæ tamen ſubleſtæ ſunt fidei) videri poſſunt apud *Stryck. d. l. §. 17.*

5 Dubitatur, utrùm infames ſint repellendi? Negat *Lauterb. h. §. 25.* Affirmamus cum *Cocc. Jur. cont. h. quæſt. 4.* ob clarum textum in *L. 17. §. 1. ff. de teſtam. tut. ibi:* vel *turpis* (perſona) *cui tutela committi nec cum ſatisdatione debeat.* Facit & ratio, quòd tutor debeat eſſe perſona fide, & moribûs integra. *§. fin. de ſuſpect. tut.* qualis utique non eſt infamis.

Non obſtat *L. 1. §. 6. & 8. ff. de poſtul.* ubi evidenter ſupponitur, infamem poſſe tutelam gerere. Nam falſum eſt, hoc ibi ſupponi. Siquidem in *d. §. 6.* tantùm hoc ſtatuitur, quòd, ſi quædam perſonæ, quæ ex ſecundo Edicti capite poſtulare prohibentur, tutores fuerint, poſtulare permittantur: per ejuſmodi perſonas autem gratis intelliguntur infames (utpote, qui planè tutores eſſe non poſſunt) ſed alii, qui tutores eſſe poſſunt, ſed tamen aliàs à poſtulatione removentur, ùt ſunt fœminæ, ſcilicet mater, & avia, cæci &c. Intentio enim JCti tantùm fuit oſtendere, quinam poſſint poſtulare, ſítque æquiſſimum, ut illi, qui aliàs poſtulare non poſſunt, ſi tutores ſint, ſaltem ad poſtulandum pro pupillis admittantur. Minus eſt, quod eruitur *ex d. §. 8.* cùm textus ille ſolummodo decidat, infames poſſe pro ſe, certíſque perſonis (de quibus in *§. 11. cit. l. 1.* videlicet pro parentibus, patronis) poſtulare; ſed non quà tutores. Deinde poterit textus intelligi de caſu, quo infamis causâ cognitâ (fortè emendatus) ad tutelam fuit admiſſus. *Majer. Coll. arg. h. t. §. 10. num. 6.*

Du-

Digitized by Google

Dubitatur ulteriùs, num Judæus poſſit eſſe tutor Chriſtiani. Periculoſa haud dubiè foret ejusmodi tutela ob Vatinianum erga Chriſtianos odium (*vid. c. 23. de teſtam.*) quo talis tutor ad omnia perverſa concitaretur. 6

Neque officit, quòd in *l. 15. §. 6. de Excuſ.* ſupponatur poſſe Judæos eſſe tutores *non Judæorum*. Nam per *non Judæos*, non debent intelligi Chriſtiani, ſed aliæ ſectæ, v. g. Samaritæ, Montaniſtæ &c. de quibus vid. *nov. 45. in præf.* Vix enim præſumi poterit, Modeſtinum JC. qui ſæculô tertiô ſub Alexandro vixerat, Chriſtianos, quorum nomen tunc temporis erat odioſiſſimum, ſubintellexiſſe *Hopp. ad princ. Inſtit. qui teſtam. tut. dar. poſſ.* (a) Ex his tamen non inferas, neque poſſe plebejum tutorem dari pupillo illuſtri, cùm potiùs ad tutoris mores & diligentiam, quàm nobilitatem reſpiciendum ſit. Solent nihilominus perſonæ inferioris conditionis potiùs ùt tutores notionales (Vormundſchaffts Räthe) adjungi ex dictis ſuprà. V. ob favorem tertii prohibentur tutores eſſe Epiſcopi, Religioſi, Clerici, *Can. ult. diſtinct. 8. nov. 123. c. 5. Auth. Presbyteros. C. de Epiſc. & Cler.* Illi, ne abducantur à cura ovium ſibi commiſſarum, & generaliter, ne abſtrahantur ab officiis Divinis, & deinde attrahantur ad negotia ſæcularia. Excipitur tutela perſonarum miſerabilium. *can. fin. diſt. 86.* Item repelluntur milites *l. 4. & ult. C. qui dari tut.* ne à ſignis militaribus avocentur, vel etiam, ne aſſuetam contra hoſtes ferociam in cives convertant. *l. 31. C. de locat.*

Objectum tutelæ primarium eſt pupillus, qui dicitur Perſona impubes ſui juris *l. 4. ff. de his, qui ſui vel alieni Jur.* Pupillus autem dicitur *ſui juris*, quamvis ſit ſub poteſtate tutoria, quia hac non obſtante quidquid acquirit, ſibi acquirit, ſeu ſui Juris facit. Aliter, ac fi- 7

(a) Hæc explicatio, inquis, nos ipſos ferit; Si enim *in cit. l. 15. §. 6.* per NON JUDÆOS non intelliguntur Chriſtiani, hoc ipſo potuerunt Judæi eſſe tutores Chriſtianorum, cùm textus tantùm tractet de immunitate, ut ſenſus ſit, Judæum non poſſe ſe excuſare à tutela NON JUDÆORUM; quoniam itaque ſub NON JUDÆIS non veniunt Chriſtiani, à tutela Chriſtianorum non erunt immunes, conſequenter poterunt, imò debebunt, ſi dentur, eſſe tutores. Acu, ut videtur, hac rem tetigiſti. Age jam, & triumphum cane. Nos non turbabimus. Diximus, fore ejus tutelam periculoſam. Nec tu negabis. Diximus inſuper *in d. l.* non intelligi poſſe Chriſtianos. Hoc etiam facilè dabis. Sed nos ſequelam negamus, ex textu nimirum probari potentiam, cum de Chriſtianis altum teneat ſilentium. Unde ſic invertimus: De Chriſtianis nihil cogitavit; idcirco neque immunitatem, neque potentiam dedit JCtus: Illa non indigebant: Hæc fuiſſet periculoſa, ne cultus inquinari poſſet: Erit igitur convenientius (quidquid de rigore obloqui poſſet) potentiam negare ob periculum vel ſeductionis, vel certè peſſimæ adminiſtrationis. *jung. §. 11. & 13. de excuſ. tut.*

liusfamilias, qui quidquid acquirit, patri acquirit. Objectum ſecundarium ſunt bona pupilli, primariò enim certæ rei, vel cauſæ Tutor dari non poteſt *§. 4. qui teſtam. tut.* Exceptio eſt in hæreditate adeunda, ubi pupillo Tutore deſtituto non Curator, ſed Tutor dandus eſt *l. 17. §. 1. ff. de Appellat.* quia aditio hæreditatis eſt actus legitimus, ubi Tutore Authore opus eſt. *l. 19. ff. de auth. tut.* Quòd ſi contingat ob diffuſum pupilli patrimonium unum Tutorem bonis hujus Provinciæ dari, alium alterius, non tam tutela, quàm adminiſtratio bonorum erit diviſa. *vid. l. 12. cum tribus ſeqq. ff. de teſtam. tut. Hopp. ad d. §. 4. qui teſt. tut.*

8 Forma ſtat in differentia, quâ tutela ſecernitur ab aliis poteſtatibus ſibi affinibus: differt autem ex eo, quòd reſpiciat commodum, & utilitatem ſolius pupilli, nullo autem modo Tutoris, cui competit: *Dominica* econtra reſpicit commodum ſolius Domini illam habentis: *Patria* attendit commodum patris, & filii ſimul: *Curatoria* primario reſpicit bona, ſecundariò verò perſonam, tutela verò primariò perſonam, ſecundariò bona.

9 Effectus tutelæ, uti hîc conſideratur, conſiſtit in facultate, & jure dirigendi illum, qui ſe propter ætatem dirigere non poteſt, contraria ſunt modi, quibus ſolvitur, de quibus ſuô locô.

TITULUS XIV.

Qui Teſtamento Tutores dari poſſunt.

1 Diviſimus ſuperiùs tutelam in Teſtamentariam, Legitimam, & Dativam: primum locum occupat Tutela teſtamentaria, cùm diſpoſitio hominis faciat ceſſare diſpoſitionem legis.

Eſt autem Tutela teſtamentaria (a) *illa, quam parentes liberis impuberibus proximè in poteſtate conſtitutis in teſtamento deferunt.*

Alia Pura, alia Mixta. *Pura* eſt, quando legitimè fuit in teſtamento delata. Legitimè delata dicitur, ſi delata ſit, à quibus oportet, quibus oportet, quomodo oportet, & ubi oportet: ſunt verba Modeſtini *in l. 1. §. 1. ff. de confirm. tut.* *Mixta* eſt, quando non fuit legitimè delata, & hinc opus eſt confirmatione Magiſtratûs, quæ confirmatio vel eſt *ſimplex*, vel *qualificata*, prior eſt, quando Tutor ſimpliciter ſine ulla cau-

(a) Antiquiſſima eſt origo hujus tutelæ, cùm Ancus Mancius, adeóque ſub ſtatu regio, filiis ſuis Tarquinium Priſcum tutorem dederit teſte Liv. *Lib. 11. c. 46.* quæ ſub ſtatu populari arbitrio populi in comitiis dari ſolita, in LL. 12. tab. fuit confirmata. Ulpianus *in Frag. tit. 11. §. 14.*

Digitized by Google

cauſæ cognitione confirmatur: poſterior, quando requiritur cauſæ cognitio in mores, & facultates Tutoris.

Interrogas, quando igitur ſufficiat confirmatio ſimplex, & quando opus ſit qualificata? ſi ille dedit, qui jus dandi habet, ſed non debitô modô, v.g. Pater in teſtamento imperfecto, ſufficit confirmatio ſimplex, ſeu ſine inquiſitione *L. 1. §. 2. l. 3.* & *6. ff. d. t.* quia conſilium patris præſumitur optimum. Admittitur nihilominus probatio in contrarium, ſi fortè appareat, tutorem mutâſſe mores, vel lapſum fuiſſe facultatibûs vid. *l. 8. 9.* & *10. ff. eod.* Si verò ille detulit, cui non competit jus dandi, ùt Mater, vel extraneus, requiritur confirmatio cum inquiſitione. *l. 2. ff. d. t. Hopp. ad §. ult. de tut.*

Dubitatur, utrùm, qui confirmatione indiget, ſit dicendus teſtamentarius vel dativus? Mediâ viâ tutiſſimus ibis, ſi ſcilicet diſtinguas inter caſus, ubi Magiſtratus debet tutorem confirmare, & ubi liberè confirmat, ita, ut ſit in illius arbitrio talem tutorem confirmare, vel alium nominare. Si prius? dicas eſſe teſtamentarium, ſive fiat confirmatio cum, vel ſine inquiſitione, hôc ipsô enim, quòd Magiſtratus debeat tutorem teſtamentô datum confirmare, habet ille ſuam vim primariam à teſtamento. Ratio ulterior eſt, quòd talis tutor præferatur Matri, & Aviæ, quòd certè fieri non poſſet, ſi eſſet Dativus. *Auth. Matri,* & *Aviæ. C. quando mul.* Si opponatur, quòd Magiſtratus tutori cum inquiſitione dato det eſſe, adeóque dicendum potiùs dativum. Reſpondemus Magiſtratum non dare eſſe, ſed tantùm removere impedimentum; eſſe enim jam acquiſivit ex teſtamento. vid. *cit. Hopp. ad §. 5. de tutelis.* Si poſterius? dicas eſſe potiùs dativum. Cùm enim poſſit, vel non poſſit pro arbitrio à Magiſtratu confirmari, cenſetur habere ſuam vim potiùs â Magiſtratu, quàm teſtamento, dum Judex non erat adſtrictus ſequi tutelam teſtamentô datam. 2

Rogas ulteriùs, quando debeat Magiſtratus tutorem non rectè teſtamentô datum confirmare, & quando liberè, & pro ſuo arbitrio confirmet? Reſpondetur, ſi Pater vel aſcendentes paterni tutorem dederint, ſed non legitimè, indiſtinctè debere eum confirmari *d. l. 1. §. 1. l. 3. ff. de confirmand. tut.* Si verò Mater, & aſcendentes materni (idem proportionaliter de extraneo dicendum) tutorem dederit, non aliter debet confirmari, quàm ſi teſtator pupillum, cui tutorem nominat, ultra debitam legitimæ portionem hæredem inſtituat. *cit. tt. junctâ l. 4. ff. d. t.* Extra hos caſus eſt in libertate Judicis tutorem teſtamentô datum vel confirmare, vel alium dare: licèt ſoleat confirmare, præſertim ſi Mater dederit. *l. 4. C. de teſtam. tut.* Vides jam, quænam ſit differentia inter tutelam purè teſtamentariam, ſeu propriè talem & mixtam, ſeu

impropriè teſtamentariam. Illa fundatur in patria poteſtate, & hinc decerni poteſt etiam in filios exhæredatos, nulláque confirmatione indiget, hæc verò fundatur vel in affectu, vel in inſtitutione hæredis, indigétque confirmatione, illa perſonæ, hæc potiùs rebus defertur. *Huber. de tut. num. 3.*

Dices contra hactenus dicta, nullam ampliùs dari tutelam teſtamentariam purè talem, cùm hodie omnes tutores debeant confirmari. Reſpondemus cum *laud. Hopp. d. l. ad §. 5.* confirmationem hodiernam longè differre à Romana. Illa enim non dat eſſe tutori, ſed tantùm tutorem præexiſtentem declarat. Hæc verò dabat ipſum eſſe, id eſt, faciebat, ut ſit tutor. Exinde oritur ulterior differentia, quòd tempus excuſationis olim primùm inceperit currere à tempore, quo tutor fuit confirmatus. Hodie verò poſt confirmationem, ſeu potiùs declarationem excuſatio ampliùs non admittitur, ſed opus eſt, ut priùs ſe excuſet, cùm jam ante confirmationem (ſuppoſitò, quòd aliud impedimentum non ſubſit) quoad ſubſtantiam ſit tutor.

3 Cauſa efficiens eſt ille, qui in teſtamento tutorem dat. Poteſt autem teſtamento tutorem dare, qui poteſt teſtamentum facere, & habet liberos ſub ſua poteſtate proximè conſtitutos *§. 3. Inſtit. de tutel.*

Jus enim dandi tutores fundatur in patria poteſtate. Quamvis enim LL. 12. tabb. poteſtatem dederint diſponendi de tutela, ſicut de ipſa hæreditate. *Paterfamilias uti legaſſet ſuper pecuniæ, tutelæve ſuæ rei, ita jus eſto*, uti ſolidè probat *Hub. lib. 3. Digr. c. 3. per tot.* quoad tutelas tamen hæc poteſtas fuit reſtricta ad patriam poteſtatem. *arg. l. 120. ff. de V. S.* Et meritò, quia tutela datur primariò perſonæ, conſequenter propriè dari non poteſt, niſi ab eo, qui habet jus in perſonam, ſeu cui competit patria poteſtas. Ex quibus colligitur, nec *Matrem* poſſe teſtamentò tutorem dare *l. 69. §. 2. ff. de leg. 2.* quia filios non habet ſub poteſtate *§. 10. de adoption.* ſi tamen dederit, confirmatur, ex mox dictis: Nec *Patrem* filio naturali, quia deficit patria poteſtas: Nec *Avum* nepoti, ſi filius adhuc vivat, quia nepos vivente filio non eſt proximè ſub poteſtate Avi, unde avo mortuo recidit ſub poteſtatem ſui propriì patris. *d. §. 3. de tutel.*

4 Subjectum eſt ille, qui in teſtamento tutor denominatur: poteſt autem tutor denominari, qui aliàs poteſt eſſe tutor, ſive ſit paterfamilias, ſive filiusfamilias. *pr. Inſt. h.*

Neque obſtat, quòd qui eſt ſub poteſtate, non poſſit alium habere ſub poteſtate. *l. 21. ff. ad L. Jul. de adult.* Nam hoc tantùm verum eſt de poteſtate ejuſdem generis, id eſt, qui eſt ſub poteſtate patria, non poteſt alium habere ſub poteſtate patria, non autem diverſi generis.

ris. Accedit, quòd tutela ſit munus publicum; ubi filiusfamilias habetur pro patrefamilias. *l. 9. ff. de his, qui ſui vel alien. Jur. ſunt.* Verùm ſubinfers, quomodo pupillo erit proſpectum, cùm filiusfamilias nihil in bonis habeat? Reſpondet *Voët. de tut. num. 3.* dari regreſſum contra patrem, & quidem ſi tutelam agnovit, in ſolidum, ſi non, in quantum filius ex peculio patri acquiſivit. *l. 7. ff. de tutel. l. 21. ff. d. adminiſt. & per tot.*

Quid, ſi aliquis, qui hic & nunc non eſt capax, v. g. furioſus, minor, aut pupillus, tutor in teſtamento datus ſit? Valet quidem datio, dummodo ſit ſpes, quòd talis tutor poſſit, antequam pupillus pubes fiat, actu tutelam ſuſcipere: interim tamen, durante impedimento, dandus eſt alius tutor à Magiſtratu *§. 1. & 2. de Attil. tut.* Cur non à lege, ut interim fiat locus tutelæ legitimæ? Ideo, quia quoties ſupereſt ſpes tutelæ teſtamentariæ, non aperitur locus legitimæ. *l. 11. pr. ff. de teſtam. tut.* proviſio enim hominis facit ceſſare diſpoſitionem legis.

Quæris ulteriùs: cur non datur interim curator, hoc ipſo, quòd tutor jam adſit, & tutorem habenti tutor non detur. *§. 5. de curat.* Reſpondetur ideo: quia tutor teſtamentarius ab initio fuit impeditus, ut nunquam tutelam ſuſceperit; unde ſe habet, ac ſi non eſſet tutor *arg. d. §. 1. & 2.* data verò regula ſupponit de eo, qui vel actu adminiſtrat, vel ſaltem tutelam ſemel adminiſtrare cœpit. *Hopp. ad §. 2. h. t.* Idem dicendum, ſi tutor ſit in teſtamento datus ſub conditione, vel ex certo tempore. *dd. tt.*

Nec obſtat, quòd non poſſit à lege, vel à Magiſtratu tutor dari, vel ſub conditione, vel ex certo tempore: ergo neque poterit dari à teſtatore. Nam diſparitas eſt imprimis de legitima, quia lex generalis eſt, ac ſimplex, quæ conditionem, aut diem, quæ facti ſunt, adjicere non poteſt. *Huber. h. num. 3.* De dativa rurſus non eſt paritas; tum, quia iſta numeratur inter actus legitimos, qui diem, aut conditionem non admittunt *l. 77. ff. de R. J.* tum quia, ſi teſtator det tutorem ex certo tempore, vel ſub conditione, illius defectus poteſt ſuppleri à Magiſtratu, qui interim alium dabit. *§. 1. de Attil. tut.* Econtra defectum Magiſtratûs, ſeu tutelæ dativæ ab alia ſuppleri non poteſt, (a) cùm hæc ſit ultima. *princ. Inſt. d. t.*

Objectum tutelæ teſtamentariæ ſunt impuberes proximè ſub poteſtate dantis conſtituti: nec intereſt, ſive *nati* ſint, ſive *naſcituri*, ſeu *poſthumi*. *§. fin. h.* quia naſciturus, ſi agatur de illius favore, habetur pro nato *§. 4. de tut.* ſive *maſculi*, ſive *fœminæ*: datus enim filiis, eſt etiam 5

(a) Quid obſtat, ne ſuppleatur à Magiſtratu majori, ſi minor imperfectè dederit? Quia tutela dativæ alia dativa non datur, ſicut non datur teſtamentaria teſtamentariæ, ſeu legitima legitimæ; ſed in ſupplementum ſemper alia alterius ordinis.

etiam datus filiabus *cit. §. fin.* non autem viciſſim datus filiabus, eſt etiam datus filiis; quia maſculinum non venit ſub fœminino, ſicut hoc ſub illo. Neque contrariatur priori membro, quòd legatum filiabus relictum non cenſeatur eſſe relictum poſthumis, *l. 15. §. ult. l. 17. ff. de legat.* nam legatum eſt ſpecies, & ſignum ſpecialis benevolentiæ, quæ cæteris paribûs magìs utique obtinet erga natos, quàm naſcituros: tutela autem non tam in ſpeciali benevolentia, quàm quadam neceſſitate fundari videtur. (a) Sive ſint *primi gradûs*, nimirum *filii*, ſive *ulterioris*, ſcilicet *Nepotes*, dummmodo proximè ſint in poteſtate dantis conſtituti. *§. 3. de tutel.* Inde

Quæris, utrùm datus filiis cenſeatur etiam eſſe datus nepotibus? Reſpondetur, ſi teſtator *liberos* dixit, Affirmativè, non item, ſi *filios*: aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. *d. §. fin. h.* Eſto enim in materia purè favorabili, præſertim ſucceſſionis hæreditariæ, nomine filiorum etiam veniant nepotes *l. 201. l. 220. §. 3. ff. de V. S.* hic tamen non procedit, cùm non ſit materia merè favorabilis, ſed, tum reſpectu tutoris, qui ex numero pupillorum magìs oneratur, tum reſpectu ipſorum pupillorum, cùm non ſit ita proſpectum, ſi tutor tot tutelis diſtringatur, ſatis odioſa. Accedit notabiliter, quòd hìc nepotibus non fiat præjudicium, dum nomine liberorum non veniunt; quia Judex poteſt illis tutorem dare; ſed Judici permiſſum non eſt, illos ad ſucceſſionem, ſeu hæreditatem vocare: hinc meritò ex diſpoſitione juris nomine filiorum venire debent. vid. *l. 14. ad S. C. Maced. l. 2. §. 28, ff. ad S. C. Tertull. l. 59. ff. de R. N.*

Dubitatur, num poſſit tutor dari filio exhæredato? Reſpondetur affirmativè. *Ita JC. Modeſtinus in l. 4. ff. h. t.* ibi: *Pater hærede inſtituto filio, vel exhæredato tutorem dare poteſt. Mater autem non niſi inſtituto, quaſi in rem potiùs, quàm in perſonam tutorem dare videatur.* Id ipſum colligitur ex *l. 10. §. 2. in fin. & l. 31. eod.* Ratio eſt, quòd jus dandi tutorem fundetur in patria poteſtate *l. 1. ff. d. t.* exhæredatio autem non tollit patriam poteſtatem. *l. fin. ff. unde leg.* Neque ſtatim, ſed demum adita hæreditate jus ſuitatis adimitur. *l. 20. pr. ff. de bonor. poſſ. contr. tab. l. 1. §. 19. ff. de ſuis, & leg. hær.* Sunt, qui ſuſtinent contrarium I. quia non datur tutor ſine bonis. *l. 53. ff. de V. S.* II. quia non datur tutor, niſi ſuis hæredibùs. *l. 73. ff. de R. J.* Atqui exhæredatus non eſt ſuus hæres. III. quia tutor exhæredato datus indiget confirmatione. *l. 26. §. ul. ff. h. t.* Verùm non movent iſta. Non *primum:*

(a) Urges: nomine filiorum non veniunt nepotes. Ergo neque veniunt poſthumi, quia utrinque eſt materia odioſa, utpote tutorem gravans. Verùm alia eſt ratio poſthumorum, alia nepotum: Illi ſunt immediati, non item iſti.

Digitized by Google

mum: quia ſenſus *d.l.73.ff. de V.S.* non eſt, quòd teſtator debeat bona relinquere, cui Tutorem deſignat; ſed quòd non poſſit in teſtamento Tutorem dare, niſi diſponat de ſuis bonis, hoc ipſo, quòd debeat facere teſtamentum, quod ſine diſpoſitione bonorum ſubſiſtere non poteſt. Non *ſecundum:* quia exhæredatus manet ſuus hæres, ſaltem in actu primo: hæres enim ſuus ille dicitur, qui proximè conſtitutus eſt ſub patria poteſtate *§. 2. Inſt. de hær. qual. & diff.* Non *tertium:* cùm falſum ſit, ejusmodi Tutorem indigere confirmatione: Caſus *d.l.26.§.fin.b.t.* longè eſt alius: ibi enim filius exhæredatus impugnavit teſtamentum ùt inofficioſum: quia autem conſtare nondum poterat, quisnam ſecuturus ſit litis eventus, opus erat, pendente lite circa efficaciam teſtamenti, Tutorem interim confirmare: adeóque non ſuberat defectus ex parte teſtatoris, ſeu dantis, ſed ex parte ipſius exhæredationis, ſeu teſtamenti. Si urgeas, dationem tutelæ non dependere à valore exhæredationis, cùm ſuſtineatur, eſto, teſtamentum pronuntietur inofficioſum, ob textum expreſſum in *nov. 115. c.3. in fin.* conſequenter ex hoc capite non fuit opus confirmatione. Largimur hoc ultrò, ſi ſermo ſit de jure novellarum. Quid, ſi Pater errore lapſus filio puberi Tutorem, impuberi verò Curatorem dederit? Reſpondet ad hanc facti ſpeciem Papinianus in *l. 6. ff. de confirm. tut.* debere eos citra inquiſitionem confirmari: quapropter non eſt, cur emendetur textus, & locô *puberi* ponatur *impuberi*, ac locô *impuberi* ponatur *puberi;* ſi enim teſtator ita, ùt vis, dixiſſet, non fuiſſet (ſaltem quoad tutelam) opus confirmatione, quæ ideo exigitur; quia, cui *Tutor* dandus, teſtator CURATOREM dedit, & cui *Curator*, TUTOREM.

Forma hujus tutelæ ſiſtitur in modo, quo defertur. Deferri autem debet in teſtamento perfecto, vel in Codicillis teſtamentô confirmatis; quòd ſi fuerit Tutor datus in Epiſtola, vel Codicillis absque teſtamento conditis, opus eſt confirmatione *d.l.1.§.1.ff.l.2.C. de confirm. tut.* 6

Quæres, an poſſit Tutor dari in teſtamento privilegiato, ſeu minùs ſolenni parentum inter liberos? Ratio dubitandi eſſe poteſt: quia hoc teſtamentum etiam eſt in ſuo genere perfectum. Verùm hac ratione non obſtante reſpondendum eſt cum *DD. Sommeting boc t. §. 7.* negativè *arg. d.l.1.§.1.* Ratio eſt: quia teſtamentum parentum inter liberos in *l. 21. §. 2. C. de teſtam. ordin.* reſtrictum eſt ad *ſolos liberos:* ita, ut diſpoſitio, ſeu voluntas circa perſonas extraneas, qualis eſt Tutor, planè ſit annullata: adeóque eſt tantùm voluntas perfecta in ordine ad ſolos liberos. Hinc limitanda meô judiciô foret hæc ſententia, ſi Pater in ſuo teſtamento minùs ſolenni filio tutelam aliorum libero-

rum injungeret: quia ejusmodi diſpoſitio inter ſolos liberos eſſet concepta.

Cæterùm poſſe Tutorem dari in teſtamento purè, vel ſub conditione, ex certo tempore, vel ad certum tempus, patet tum ex *§.3. b.t.* tum ex dictis ſuprà.

Effectus, & contraria ſunt, ſicut in tutela in genere.

TITULUS XV.

De legitima Agnatorum Tutela.

1 SI deficiat diſpoſitio hominis, quia teſtaror Tutorem in teſtamento non deſignavit, hic defectus ſuppletur à lege, ſuccedítque tutela legitima: veluti quando teſtator hæredem non inſtituit, ſuccedunt hæredes legitimi, videlicet proximi conſanguinei.

Definitur tutela legitima in genere, & per quamdam eminentiam ita dicta (quippe etiam aliæ tutelæ ſuo ſenſu ſunt legitimæ) *quòd ſit illa, quæ deficiente tutelâ teſtamentariâ, à lege defertur.*

Alia eſt verè talis. Alia quaſi talis. *Verè talis* eſt, quæ oritur ex ipſis *verbis* legis, quô ſpectat *Leigtima Agnatorum* tutela, vel etiam ex mente, ſeu ratione legis, quò reducitur *Legitima Patronorum* tutela. Quaſi talis, quæ neque ex ipſis verbis, neque ex mente, ſeu ratione legis, ſed ex ulteriori interpretatione prudentum introducta, & recepta eſt: & eſt *Legitima Parentum*, & *Fiduciaria* tutela: de quibus omnibus ordine agendum.

Hic venit legitima AGNATORUM tutela, quæ eſt illa, *quæ à lege 12. tabb. proximis pupilli Agnatis defertur.* Ratio hujus delationis fundatur in æquitate: ſicut enim ab ea lege Agnatis deferebatur hæreditas, caſu, quo pupillus deceſſiſſet: ita æquum erat, ut etiam onus tutelæ ſuſciperent *l. 1. ff. de leg. tut. arg. l. 10. ff. de R. J.* Quamvis hoc non fuerit, neque ſit perpetuum; nam ſi pupillus relinquat ſororem, & patruum, hæreditas erit penes ſororem, quà proximè conſanguineam & agnatam: tutela verò penes patruum, cùm ſoror, tutor (vel tutrix) eſſe non poſſit. *vid. d. l. 1. ff. d. t.* (a)

Dividitur in *ordinariam*, ſeu *regularem*, & *extraordinariam*, ſeu *irregularem*. Illa eſt, quæ ſecundùm communes juris regulas defertur maſculis. Iſta, quæ præter ordinem defertur fœminis, puta, Matri & Aviæ,

(a) Inde etiam eſt, quod *in §. un. de legit. patr. tut.* dicatur: *quia plerumque, ubi ſucceſſionis eſt emolumentum, ibi & tutelæ onus eſſe debet.* En PLERUMQUE. Quid enim ſi proximus agnatus ſit furioſus, mente captus, aut impubes &c?

Digitized by Google

Aviæ, quæ, ſi velint (cogi enim non poſſunt) admittuntur ad tutelam liberorum ſuorum, ita, ut præferantur omnibus aliis a latere conjunctis *Nov. 118. c. 5. l. 2. 3. & ult Auth. Matri & Aviæ C. quand. Mulier off. tut. fung. poſſit.* Tametſi enim tutela ſit munus virile, cenſetur nihilominus affectus maternus ſupplere defectum judicii. Debent tamen renunciare ſecundis nuptiis, nec non SC. Vellejano; vi cujus aliàs non poſſunt fœminæ ex fidejuſſione efficaciter obligari *citt. tt.* Ex his ſatis conſtat, quòd

Cauſa efficiens hujus tutelæ ſit lex 12. tabb. (a) cujus verba ita ſo- 2
nant: *At ſi inteſtato moritur, cui ſuus hæres nec eſcit, agnatus proximus tutelam nancitor.* vid. *princ. Inſtitut. h. & l. 1. princ. ff. eod. id eſt, de legit. tut.*

Subjectum ſunt illi, quibus defertur. Olim tantùm deferebatur agnatis *princ. Inſt. h.* quia illi ſolummodo pupillo lege 12. tabb. ſuccedebant. Jure noviſſimo autem, quia tam agnati, quàm cognati ſuccedunt: ita etiam æqualiter ad tutelam vocantur. *nov. 118. c. 4. & 5.*

Interrogas, cur ergo Prætor, qui cognatos ad ſucceſſionem admiſit. *tot. tit. ff. unde cognati.* non etiam ad tutelam vocaverit? Ideo quia illud favorabile, hoc autem odioſum: cognatos in hæreditatibus prætermitti durum videbatur: hinc prius, non item poſterius Prætoris humanitatem poſtulabat. *Hopp. ad §. 1. h. t.* Cæterùm non credas, periculoſum eſſe committere tutelam, ſeu curam illi, qui ſpe ſucceſſionis lactatur, dum fortè hæreditatem capere (en periculum inſidiarum) quàm expectare mallet: Nam ſi quid ſimile emergat, tutela, & educatio poterunt ſeparari: *Id enim agere Prætorem oportet, ut ſine ulla maligna ſuſpicione alatur partus, & educetur.* Eſt præcautio Ulpiani in *l. 1. §. 1. ff. ubi pupill. educ. deb.* Hanc ſuſpicionem tamen in theſi removet affectus, quem conſanguinei erga pupillum conſanguineum fovere præſumuntur.

Quæres, quinam ſint Agnati, (b) quinam Cognati? Agnati dicuntur, qui per lineam maſculinam, ſeu virilem ſexum conjuncti ſunt. Cognati verò, qui per fœminei ſexûs perſonas cognatione junguntur.

(a) Ad imitationem nimirum Spartanorum, ſeu Lycurgi; Solon enim agnatos excludebat, veritus, ne fortè hæreditatem capere, quàm expectare mallent. At huic periculo obviatur in *l. 1. §. 1. ff. ubi pupill. educ. debeat.*

(b) Neque confundendi ſunt Agnati & Gentiles; Hi quippe dicuntur, qui ex eodem ſupremo ſtipite deſcendunt; Agnati verò, qui ex eadem linea: Sic Gens Claudia multas numerabat familias, ſeu lineas, quæ cognominibus diſcernebantur, nempe Marcellorum, Pulchrorum, Neronum. Idem de Gente Cornelia, *Hub. h. num. 2.* Nec deſunt hodie in familiis Illuſtribus, quæ per varias terras, caſtra vel Juriſdictiones, quas poſſident, nominantur, exempla. Jure Saxon. Agnati dicuntur Schwerdt-Magen: cognati Spill-Magen.

§. 1. Inſt. b. l. 7. ff. eod. unde frater, vel ſoror patris mei: item filius, vel filia mei filii, mihi ſunt agnati. Econtra frater, ſeu ſoror matris meæ, nepos, vel neptis ex filia cognati ſunt, ex data ratione.

Objectum eſt pupillus deſtitutus Tutore teſtamentario.

3 Forma conſiſtit in modo, quo hæc tutela defertur. Ut autem legitimè deferatur, debet I. deficere planè tutela teſtamentaria; nam quamdiu hæc ſperatur, tamdiu ceſſat legitima *l. 11. pr. ff. de teſtam. tut.* cùm proviſio hominis faciat ceſſare diſpoſitionem legis. *arg. l. 3. C. d. t.* Deficit autem tutela teſtamentaria, ſi planè non ſit conditum teſtamentum, vel ſit quidem conditum, ſed in eo nullus Tutor deſignatus, vel ſi deſignatus quidem fuerit, ſed ante teſtatorem deceſſerit. *§. 2. Inſt. b.*

Quid ſi tantùm unus ex pluribus Tutoribus teſtamentariis deceſſerit? Reſpondetur in locum illius non dari legitimum, quia tutela teſtamentaria nondum deficit, ſed ejus defectum, ut maneat numerus, ſuppleri poſſe per Tutorem à Magiſtratu dandum *d. l. 11. in fin. ff. de teſtam. tut. Hopp. ad d. §. 2. b.* secùs dicendum: ſi omnes teſtamentarii deceſſerint, cùm tutela teſtamentaria planè deficiat. Dictum fuit notanter: *ſed ante teſtatorem deceſſerit* ita ex *cit. §. 2. b. t.*

Quid autem, ſi Tutor teſtamentarius poſt teſtatorem decedat, an in locum illius admittatur legitimus, vel dativus? Adhuc admittimus legitimum. *Clariſſ. DD. Franz b. t. §. 7. Hopp. ad §. 2.* cui ſententiæ luculenter patrocinatur JC. Paulus in *l. 9. ff. de leg. tut. in fin.* ubi ita pergit: *Idem dicemus* (teſtatorem nimirum quoad tutelam inteſtatum mori) *ſi tutor teſtamentô datus adhuc filio impubere manente deceſſerit: nam tutela ejus ad agnatum revertitur.* En! quòd non diſtinguat: utrùm ante vel poſt teſtatorem decedat, dummodò filio impubere decedat.

Dices: ſufficit, quòd Tribonianus in *d. §. 2.* diſtinguat. Ibi: *quod tunc quoque accidere intelligitur* (mori ſcilicet Patrem inteſtatum) *cùm is, qui datus eſt tutor, NB. vivo teſtatore deceſſerit.* Reſpondetur, ibi Tribonianum non enarrare ſimpliciter ex profeſſo caſus, ubi obtinet tutela legitima, ſed tantùm ubi teſtator, quantum ad tutelam pertinet, inteſtatus decedit: quod haud dubiè etiam tum contingit, quando Tutor teſtamentô datus ante teſtatorem decedit, hoc ipſo, quòd tutela teſtamentaria illô adhuc vivô deficiat; quod dici non poteſt, ſi Tutor primùm poſt teſtatorem moriatur: ibi enim adhuc teſtatus decedit. Benè, ais, ſi in hoc caſu teſtatus decedit, hoc ipſo non ampliùs obtinet tutela legitima; quia nemo poteſt decedere partim teſtatus, partim inteſtatus *l. 7. ff. de R. J.* Reponimus, hoc eſſe verum quoad hæreditatem, non item quoad tutelam: quòd autem non ſit paritas inter hæreditatem, & tutelam ex eo ſatis conſtat, quòd hæres non poſſit inſti-

tui-

Digitized by Google

tui ex certo tempore, & ad certum tempus *§. 9. Inſt. de hæred. Inſtit.* benè
verò Tutor dari *§. 3. qui teſtam. tut. dari poſſ.*

Non obſtat paritas, quòd, ſi Tutor ſe excuſet, vel ùt ſuſpectus re-
moveatur, aperiatur locus tutelæ dativæ, non legitimæ *d. l. 11. §. 1. & 2.
ff. de teſtam. tut.* Nam diſparitas eſt, quòd, ſi removeatur, vel ſe excu-
ſet, interveniat factum ipſius Magiſtratûs, nec tutela ipſo jure ceſſet, ſi-
cut, ſi decedat: uti igitur tutela factò Magiſtratûs tollitur, & pupillus
Tutore deſtituitur; ita etiam illius factò debet ſuppleri; cùm ad eum
ſpectet inſtitutio, ad quem deſtitutio. Hinc Ulpianus in *d. l. 11. §. 3.*
non fruſtra utitur particulâ oppoſitivâ: *Sed, ſi tutor teſtamentô datus de-
ceſſerit* (indiſtinctè loquitur) *ad legitimum tutela redit.* (a)

Debet II. deferri legitimô modô, videlicet ſervato ordine ſucceſ- 4
ſionis, ita, ut proximior excludat remotiorem, dummodò ſit ad tute-
lam ſuſcipiendam capax. *d. nov. 118. c. 5.* Quòd ſi plures ſint in eodem
gradu, omnes ſimul admittuntur *§. 7. Inſt. de capit. dimin. l. 9. ff. de leg. tut.*
quoad actualem adminiſtrationem tamen Judex unum aut plures, qui
ad gubernationem ſubſtantiæ ſufficere videbuntur, eligere debebit, ita
tamen, ut penes omnes remaneat periculum *d. nov. &c.*

Quid ſi gradu proximus ſit impeditus, utrùm admittatur remotior,
an verò detur alius à Magiſtratu? Si impediméntum ſit perpetuum,
v. g. ſi proximus ſit fœmina, fortè ſoror, admittitur remotior; quia
ſpes quoad proximum prorſus deficit *l. 1. §. 1. l. pen. ff. de leg. tut.* Si
verò impedimentum ſit temporale, puta, ſi gradu porximior ſit adhuc mi-
norennis, furious &c. interim datur alius (Curator) à Magiſtratu. *§. pen.
de curat. l. 10. §. 7. ff. de excuſ.* Quod tamen circa minorennes immu-
tatum vult *Hopp. ad §. un. de fiduc. tut.* per *l. fin. C. de legit. tut.* ubi mino-
rennes quoad tutelas legitimas, & dativas (non autem teſtamentarias)
ſunt facti planè incapaces. Idem dicendum, ſi impedimentum ſuper-
veniat: ſi enim eſt perpetuum: pone, quòd proximus agnatus mo-
riatur admittitur remotior *l. 3. §. pen. ff. de leg. tut. arg. l. 6. C. ad SC. Ter-
tull.* Si autem ſuperveniat impedimentum tantùm *temporale*, ùt ſi Tu-
tor capiatur ab hoſtibus, vel etiam *perpetuum*, ſed factô Judicis, ſi fortè
Tutor removeatur, ſuccedit dativus, non remotior legitimus. Prius
membrum deducitur ex eo, quòd adhuc ſuperſit ſpes, proximum eſſe
rediturum *l. 1. §. 2. ff. de leg. tut.* poſterius patet ex dictis: quia ille
rurſus conſtituit.

(a) Urgebis: ut detur locus tutelæ legitimæ debet teſtator, quoad tutelam decedere in te-
ſtatus *d. l. 6. ff. de leg. tut.* ſed ſi tutor teſtamentò datus poſt teſtatorem & tutelam
ſuſceptam decedit, utique non decedit inteſtatus. Ita eſt, non decedit inteſtatus pro
nunc; ſed tamen pro *tunc*, nimirum pro caſu, quo tutor filio impubere manente de-
cedit. *d. l. 6. in fin.*

Dictum fuit ſuperiùs, admitti ſecundùm ordinem ſucceſſionis: A qua regula nullatenus ſunt excludendæ Mater, & Avia. Unde, uti Mater in ſucceſſione præfertur Avo tam paterno, quàm materno *d. nov. 118. c. 2.* ita etiam in tutela, niſi Avus paternus jure patriæ poteſtatis bona nepotis, quem fortè adhuc habet in poteſtate, adminiſtret. Item, ſicut Avia ſive paterna, ſive materna cum Avo, tam paterno, quàm materno concurrunt. *d. nov. & cap.* ita etiam ad tutelam admittuntur *arg. d. nov. 118. c. 5.* ſæpe *laud. Hopp. ad §. fin. de capit. dimin.* quod tamen intelligendum, ſi ſint in diverſa linea, v. g. Avia paterna cum Avo materno, vel Avia materna cum avo paterno: ſi enim concurrant in eadem linea, v. g. Avus paternus cum Avia paterna, vel Avus maternus cum Avia materna, præferendus erit haud dubiè Avus, ne cenſeatur ejusdem conditionis uxor cum marito, cui tamen ipſamet eſt ſubjecta. Deinde, quando uxor v. g. Avia paterna cum Avo paterno, ſeu Marito concurrit, non adſunt termini habiles: ſiquidem diſpoſitiones legales, quæ Matrem, & Aviam vocant, ſupponunt eas eſſe viduas, hoc ipſo, quòd debeant renuntiare ſecundis nuptiis *Stryk. diſſ. de jure avor.* (eſt in diſſ. Fancof. volum. 2. in fin.) *num. 155. & ſeqq.*

5 Effectus eſt communis cum aliis tutelis. Contraria ſunt modi, quibûs ſolvitur: ſunt autem præter communes (de quibus ſuô locô) duo ſpeciales. Primus: ſi Mater & Avia contra fidem datam tranſeant ad ſecundas nuptias, ipſo jure tutelam amittunt *c. 67. de appell. nov. 94. c. 2.* ita quidem, ut tam illarum, quàm novorum Maritorum bona, donec rationes redditæ ſint, pignore tacito ſint affecta. *d. nov. & c. l. 6. C. in quib. cauſ. pig. vel hypoth. tacit. contr. Hopp. ad §. 1. b. t.*

Quæres, utrùm etiam Pater amittat? Sunt, qui affirmant, ùt videre eſt apud *DD. Sommeting. b. §. 9.* Verùm cùm de Patre circa hanc amiſſionem in jure altum ſit ſilentium, & aliunde hæc amiſſio ſit quodammodò pœnalis, ac odioſa, odia autem ſint reſtringenda, vix eſt, ut hæc ſententia ſubſiſtere poſſit: præſertim, cùm Pater tranſeundo ad ſecunda vota non cenſeatur amittere affectum erga liberos prioris matrimonii, ſicut Mater, quæ ſe, & ſua unà cum liberis totaliter novo Marito dedicat. *l. 22. verſ. lex enim C. de adminiſt. tut.*

Alter modus ſpecialis eſt, ſi agnatus patiatur capitis diminutionem. Ratio hujus eſt, quia capitis diminutio jus agnationis plerumque perimit. *§. fin. Inſt. b.* ceſſante autem agnatione, tanquam tutelæ legitimæ baſì, ac fundamentô, ipſam tutelam extingui neceſſum fuiſſe, res ipſa loquitur. Dictum fuit *jus agnationis.* Cognatio enim, utpote vinculum naturale, quod tollere lex non poteſt (niſi quoad effectus civiles, puta, ſucceſſiones hæreditarias, aut jura familiæ, uti contin-

gi

Digitized by Google

git in maxima, & media capitis diminutione *§. 6. de capit. diminut.)* ſola morte perimirur. *Hub. b.t.n. 4.* Dictum fuit *plerumque*, quæ vox ideo eſt adjecta; quia Anaſtaſius in *l. 4. C. de leg. tut.* fratres emancipatos, & Juſtinianus *in l. ult. C. de leg. bæred.* eorum filios ad ſucceſſionem fratrum, ac patruorum, & conſequenter etiam ad tutelam vocavit, atque, non obſtante capitis diminutione per emancipationem interveniente, agnationem conſervavit. Noviſſimè cùm agnatorum, ac cognatorum differentia omnis ſublata ſit. *Nov. 118. c. 4.* & *5.* capitis diminutione (niſi maximâ, vel mediâ, qua ipſum jus cognationis quoad effectus civiles perimitur.) tutela non ampliùs extinguitur: hoc ipſo enim, quòd hac non obſtante maneat cognatus, manet etiam hoc ipſo Tutor. Sed quid eſt capitis diminutio?

TITULUS XVI.
De Capitis Diminutione.

CApitis diminutio (a) eſt *prioris ſtatûs mutatio princ. Inſt. b.* id eſt, prioris ſtatûs amiſſio: ad hoc enim, ut quis dicatur capite minui, debet ſtatum aliquem amittere. Cùm autem ex dictis de jure perſonarum Status ſit triplex *Libertatis, Civitatis,* & *familiæ*, ſpontaneâ ſequelâ ſe prodit triplex capitis diminutio Maxima, Media, & Minima. *Maxima*, ſi quis amittat omnes tres ſtatus, libertatem, Civitatem, & Familiam, quod contingit, ſi redigatur quis in ſervitutem, vel atrocitate ſententiæ fiat ſervus pœnæ *§. 1. b. Media*, quando, libertate retentâ, civitas, & familia amittitur. Hanc patiuntur deportati in inſulam, vel cui aqua, & igne interdictum fuit *§. 2. eod.* uti enim Civi Romano viam, ita & libertatem directè adimere non licuit. *Cicero pro domo 29.* ibi: *boc jus à majoribus proditum eſt, ut nemo Civis Romanus aut libertatem, aut civitatem poſſit amittere, niſi ipſe author factus ſit.* De aliqua igitur, eáque obliqua via cogitandum fuit: indignum quippe civitatis jure non vi expellebant, ſed tectô, aquâ, & igne inter-

(a) Cujus origo à cenſibus Romanis eſt repetenda. Quippe Servius Tullius populum Rom. juxta majores, vel minores facultates in ſex claſſes partitus eſt: In ſexta ſeu ultima claſſe locavit egenos, ſeu *Proletarios*, quaſi propaganda tantùm prole Rempublicam juvantes aut *Capite cenſos*, quatenus præter caput & nomen nihil admodum in cenſu profitebantur: Cùm itaque in cenſum non referentur, niſi qui jure libertatis & civitatis gaudebant, ſervi, peregrini fœminæ, filiifamilias dicebanter capite deſtitui. Hinc etiam quoties aliquis è tabulis cenſualibus delebatur, dicebatur capite minui, Dum non amplius cenſebatur inter civium, ſeu populi claſſes *arg. l. 2. ff. de publ. jud.*

Digitized by Google

terdicebant; quibûs, utpote neceſſariis vitæ ſubſidiis, deſtitutus ultrò exilium eligere, déque alio civitatis jure ſibi proſpicere cogebatur, eóque demum facto Romanæ Civitatis jura amittebat. Ita *ex Cicer. Heinec. in antiquit. Rom. h. §. 10.* Nemo enim duarum civitatum civis eſſe poterat. *Minima* eſt, cùm libertas & civitas retinetur, & tantùm familia amittitur; quod accidit in his, qui, cùm ſui juris fuerint, cœperunt alieno juri ſubjecti eſſe (quando ſe dant arrogandos) vel contrà, veluti, ſi filiusfamilias à patre emancipatus fuerit *§. 3. h.* Eſto enim, non videatur per emancipationem ſtatus fieri deterior, ſed potiùs augeri; quia tamen olim fieri debebat per imaginarias venditiones, atque ſervitutes *l. 3. §. 1. ff. de cap. minut.* neceſſariò reſultabat capitis diminutio; hodie (a) ſimiliter cùm per emancipationem amittat emancipatus ſaltem jus ſuitatis, & cum eo facultatem transmittendi hæreditatem, ùt ſuô locô videbimus, defendi adhuc poteſt, per emancipationem contingere quamdam capitis diminutionem *Hopp. VS. Hod. h. ad §. 3.*

Rogas hic meritò, cur in *l. 1. §. 4. ff de ſuis, & leg. hæred. in l. 5. §. ult. ff. de extraord. cognit.* tantùm duplicis diminutionis *Magnæ* & *Minoris* fiat mentio? Reſpondetur, ſub *magna* contineri *maximam*, & *mediam*; quia auferendo libertatem, & civitatem mors civilis infligitur. Sciſcitaris ulteriùs, cur Calliſtratus in *d. l. 5. §. fin. ff. de extraord. cognit.* contra innumera jura dicat, *in perſona deportatorum adimi libertatem*. Intelligi poteſt libertas civilis, ſeu Quiritum: velim & hoc conſiderari, quòd deportatio, quamvis non tollat, quæ ſunt juris gentium, eorum tamen uſum in multis v. g. in contrahendis matrimoniis, conficiendis teſtamentis impediat; adeóque libertatem in ipſa civitate in-

(a) Peſſimè, præſertim ſalvis principiis Juris Juſtineanei, docent, qui dicunt, emancipationem, ſublatis nempe imaginariis venditionibûs tanquam unicâ causâ, cur emancipatione contigerit capitis diminutio, non importare capitis diminutionem. Vix namque eſt, ut imaginariæ illæ venditiones unica cauſa fuerint capitis diminutionis, poſtquam certum eſt per arrogationem, quæ nullatenus imaginariis venditionibus perficiebatur, fuiſſe inductam capitis diminutionem *l. 3. pr. ff. de capit. min.* Deinde, nónne ipſe Imperator, ſublatis jam imaginariis venditionibus (vid. *§. 6. quib. mod. jus patr. pot. ſolv.*) diſertiſſimè tradit, emancipatione ſtatus hominis comutari, & filium capite minui *in §. 3. de capit. deminut.* Ibi: *Veluti ſi filiusfam. à patre emancipatus fuerit*, *EST CAPITE DEMINUTUS.* An tunc fortè adhuc vigebant imaginariæ venditiones? Contrarium doceâre ex *l. pen. & ult. C. de emancipat. lib.* Amiſſio familiæ, quæ etiam in emancipatione contingit, *citt. tt.* ſeu prioris ſtatûs mutatio capitis diminutionem inducit *l. fin. ff. de cap. min.* Accedit, quòd ſi imaginariæ venditiones forent in cauſa, non tantùm minima, ſed maxima capitis diminutio fuiſſet inducta. Ergo, inquis, familiam amittit? Erit igitur ſine familia & tamen civis? Minimè! Aliam quippe conſtituit ejusdem Gentis & nominis, ſed alterius agnationis ſpecificæ, ſeu linealis: vel aliam planè novam (quid enim vetat?) inchoabit. Deinde hic diſcurſus etiam impugnat jus vetus.

inutilem reddat, *Hub. h. num. 3.* Ex his deducitur, neque ſervum, ſi liber fiat, neque Senatorem, ſi à Senatu removeatur (idem de aliis dignitatibus) capite minui, quia ille caput (vel ſtatum) non habuit *§. 4. h.* iſte verò non ſtatum, ſed tantùm dignitatem amiſit. *§. 5. eod.*

Idem dicendum, ſi pater moriatur; licèt enim filiusfamilias fiat paterfamilias, capite tamen non minuitur, quia familiam paternam non amittit, ſed potiùs illam continuat. *arg. l. 11. de liber. & poſth. Hopp. ad princ. h. t.*

TITULUS XVII.
De legitima Patronorum Tutela.

EX *eadem Lege 12. tabb.* (utimur verbis Triboniani in *princ. h.*) *libertorum & libertarum tutela ad patronos, liberóſve eorum pertinet, quæ & ipſa legitima tutela vocatur, non, quia nominatim in ea lege de hac tutela cavetur, ſed quia perinde accepta eſt per interpretationem, ac ſi verbis legis introducta eſſet.* Vult dicere; quia militat eadem ratio de patronis, eorúmque liberis erga libertos, quæ de agnatis erga pupillum: ſicut enim iſti pupillo, ita illi liberto ſuccedunt.

TITULUS XVIII.
De legitima Parentum Tutela.

EX*emplò Patronorum recepta eſt & alia tutela, quæ & ipſa legitima* (quaſi talis) *vocatur. Nam ſi quis filium, aut filiam, nepotem, aut neptem ex filio, & deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.* Sunt rurſus verba *Triboniani §. un. h.* Eſt autem ideo tantùm legitima quáſi talis; quía neque oriebatur ex verbis legis 12. tabb. neque ex mente legis: non ex verbis; quia pater reſpectu filii emancipati non ampliùs manet agnatus, cùm agnatio emancipatione ſolvatur *§. ult. de leg. agnat. tut.* verba autem legis 12. tabb. tantùm agnatos ad tutelam vocant: Non ex mente legis, quia pater vi illius legis ad ſucceſſionem filii emancipati non veniebat, niſi tertiæ venditioni pactum fiduciæ (de quo tit. ſeq.) fuerit adjectum, quo caſu pater ſuccedebat ùt manumiſſor ad exemplum patroni. *§. ult. de leg. agnat. ſucceſſ.* Juſtinianus poſtea in *L. ult. C. de emancip. liber.* ſtatuit, ut illud pactum ſemper ſubintelligeretur, adeóque parentes, uti ad ſucceſſionem, ita ad tutelam jure ordi-

Digitized by Google

nario vocavit. *d. §. ult. de leg. agnat. ſucc.* hine & Rubrica concepta *de Legitima Parentum tutela.* confer. *l. 3. §. fin. ff. de leg. tut.*

TITULUS XIX.

De fiduciaria Tutela.

QUod ſi Pater, qui filium, vel filiam, nepotem, vel neptem emancipavit, eos tamen ſub legitima parentum tutela, uti dictum, habuit, moriatur, ſubſequitur fiduciaria tutela, quæ defertur ve ejus liberis, vel fratribus. *§. un. h.*

Dices, liberi ipſius patroni manumittentis manent tutores legitimi, ſi Pater moriatur, ſicut erat ipſe Pater: ergo etiam liberi patris filium impuberem emancipantis manebunt Tutores legitimi, ſicut erat ipſe Pater emancipans. Hoc dubium reſolvit ipſe Imperator *h.* hac diſparitatis ratione; quia filius, etiamſi à Patre non fuiſſet emancipatus, mortuo illo, fuiſſet tamen ſui juris factus, nec recidiſſet in poteſtatem ſui fratris, adeóque nec in tutelam. Econtra libertus, ſi non fuiſſet à patrono manumiſſus, morte Domini recidiſſet in poteſtatem ejus filiorum; conſequenter æquum erat, ut etiam tutelam retineant. Clariùs: quia liberi patroni, ſi libertus non fuiſſet manumiſſus, idem jus nempe dominium in eo habuiſſent, quod habuit patronus: conſequenter & poſt manumiſſionem eodem, quo Pater, jure ad tutelam gaudere debent. At liberi majorennes patris emancipantis non habuiſſent pariter patriam poteſtatem in fratres impuberes, quamvis illi in poteſtate fuiſſent retenti; cùm mortuo Patre fuiſſent ſui juris facti. Verùm, quia hæc ratio diſparitatis in filio emancipatoris reſpectu nepotis ab avo emancipati non ſubſiſtit; cùm etiam iſte nactus fuiſſet eandem patriam poteſtatem in filium ſuum, quam habuit avus, ſi non fuiſſet emancipatus, ſicut filii ipſius patroni, & hac ratione non obſtante filius non eſt tutor legitimus ſui filii, ſeu reſpectivè nepotis ab avo emancipati *arg. l. 1. §. 2. & 5. ff. ſi à par. quis manum.* accuratior erit ratio, quam ſubminiſtrat *Hub. h. num. 2. in fin.* quia lege 12. tabb. liberi patroni ad ſucceſſionem liberti vocantur, ſicut ipſe patronus, adeóque etiam ad eandem tutelam ſunt admittendi: Liberi econtrà emancipatoris, uti ab hæreditate erant alieni, ita & à tutela immunes. (a) Di-

(a) Inde ulterior fluit differentia, quod veluti ad patroni liberos jus patronatûs jure hæreditario devolvitur, ac tranſit; ita & tutela legitima huic juri cohærens iisdem incumbit: Econtra, cùm liberi non jure ſucceſſionis, ſed proprio (quippe etiam exhæredati) patriam poteſtatem in ſuos filios poſt mortem avi, ſeu reſpectivè patris nanciſcuntur; hinc eò minùs ſunt tutela ipſo jure gravandi, quò certiùs eſt, ad patrem, quantumvis hæredem, jus patronatûs, quod Avus habuit in nepotem, non tranſire. *l. 1. §. pen. ff. ſi à par. quis manum.*

Digitized by Google

Dices: ſaltem venient ex pacto fiduciæ tacito, ſicut ipſe emancipator. Negatur illatum: quia illud pactum, ſive expreſſum, ſive præſumptum, non prodeſt, niſi manumiſſori. *d. §. fin. de leg. agnat. ſucceſſ.*

Quæres jam, quid igitur ſit illud pactum fiduciæ? Cùm emancipatio olim per tres venditiones imaginarias fieri debuerit, ita, ut Pater filium ſuum ſemel, ac bis venditum ab emptore per novam manumiſſionem, ſeu remanumiſſionem recuperaret, tertiæ venditioni adjiciebatur pactum fiduciæ, id eſt, pater filium eô pactô vendebat, ut emptor illum remanciparet: quô factô pater filium ordinario ritu manumittebat. Hoc autem ideo factum, ne, ſi à fiduciario emptore manumitteretur, hic jura patronatûs retineret, & Pater ab hæreditate excluderetur: opus igitur erat, ut Pater hoc pacto ſibi proſpiceret, vi cujus emptor deberet remancipare (ad quod aliàs trina venditione peracta non fuiſſet obſtrictus) atque hoc modo filius patri remancipatus ab eo manumitti, ut jura patronatûs penes patrem manumiſſorem remanerent. vid. *d. l. ult. C. de eman. liber. d. §. fin. de leg. agnat. ſucc. Heinec. antiq. Rom. ad tit. quib. mod. jus patr. pot. ſolv. §. 9.* Sanè harum tutelarum vix hodie eſt uſus: nam patronorum tutela cum materia ſervorum planè exolevit: parentum autem & fiduciaria tutela, ſublatâ differentiâ inter agnatos, & cognatos, ſpectant ad legitimam verè talem.

TITULUS XX.

De Attiliano Tutore, & eo, qui lege Julia, & Titia dabatur.

DEficiente tutela tum teſtamentaria, tum legitima ſuccedit denique dativa, quam Magiſtratus defert *pr. Inſt. b.* Ratio eſt; quia poſt Patrem, & legem nemo pupillis meliùs proſpicere cenſetur, quàm Magiſtratus, eò magìs, quò magis Reipublicæ intereſt, ne pupilli relinquantur indefenſi *l. 2. §. 2. ff. qui pet. tut.* Alia eſt *perpetua*, alia *temporanea.* Illa eſt, quando nullus ex teſtamento tutor adeſt, vel ſperari poteſt. Hæc, cùm teſtamentarius quidem adeſt, ſed hìc & nunc eſt impeditus, quæ tamdiu durat, quamdiu adeſt impedimentum *§. 1. b.* 1

Nec obſtat, quòd Magiſtratus ad tempus tutorem dare non poſſit *§. 3. qui teſtam. tut. dar. poſſ.* Nam hoc tantùm procedit expreſsè, non item tacitè, ſiquidem multa tacitè tolerantur, quæ expreſsè non permittuntur. *arg. l. 77. ff. de R. J.*

 Cau-

Cauſa efficiens Remota eſt partim Lex Attilia (quæ originariè plebiſcitum) partim Lex Julia & Titia: Illa proſpiciebat in urbe: Iſta in Provinciis *d. princ. b.* Proxima eſt Magiſtratus, cui in ſpecie per has leges poteſtas dandi tutores conceſſa fuit *§. 3. & 4. eod.* Unde patet jus dandi Tutores ex legibus Romanis, eſſe jurisdictionis extraordinariæ; cùm non quilibet Magiſtratus, & vi officii, ſed ex ſpeciali conceſſione legis Tutores daret. Ita Ulpianus in *l. 6. §. 2. ff. de tut.* ibi: *Tutoris datio neque imperii eſt, neque jurisdictionis* (ſcilicet ordinariæ) *ſed ei ſoli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel SCtum, vel Princeps.*

Neque obſtat, quòd videatur hoc jus mandari poſſe *in §. 4. b.* ibi: *juſſu Præſidum*, quæ autem mandari poſſunt, ſpectant ad jurisdictionem ordinariam *l. 1. §. 1. ff. de off. ejus, cui mand. eſt jurisd.* Nam per *juſſum* non intelligitur *delegatio* jurisdictionis, ſed tantùm quædam *monitio*: ſiquidem Magiſtratus illi, de quibus textus, jam habebant jus dandi Tutores; ſed illud non poterant ſine prævia monitione Præſidum exercere *l. 1. §. 6. ff. de Magiſtr. conv.* ibi: *ſi moniti non dederint.* Quòd enim jus dandi Tutores propriè mandari, ſeu delegari non poſſit, in terminis docet Ulpianus in *l. 8. pr. ff. de tut. & cur. dat.* ibi: *nec mandante Præſide alius tutorem dare poterit.*

Nec obſtat, *l. 13. ff. de officio Proconſ.* quæ ſic habet: *Legati Proconſulis nihil proprium habent, niſi à Proconſule eis mandata fuerit jurisdictio.* Atqui Legati Proconſulum poſſunt Tutores dare *l. 15. ff. d. t.* conſequenter non aliter, quàm vi jurisdictionis delegatæ. Diſtinguimus *minorem* (ùt vocant) hujus diſcursûs: Legati Proconſulis poſſunt Tutores dare vi jurisdictionis delegatæ, negatur: ex ſpeciali conceſſione legis, conceditur. Legatis enim Proconſulum ex conſtitutione D. Marci competit facultas dandi Tutores *l. 1. §. ff. de tut. & cur. dat.* ita tamen, ut hanc poteſtatem exercere non potuerint in actu ſecundò, niſi priùs fuerit illis jurisdictio (generaliter) à Proconſule delegata: erat igitur delegatio jurisdictionis in genere conditio, ſine qua jus dandi Tutores exercere non poterant. *Vinn. ad §. 4. b. in fin.*

Minùs officit, quòd in *§. 4. b.* dicatur Magiſtratus, Tutorèm dare ſecundùm *ſuam jurisdictionem.* Nam *ſua* non indicat jurisdictionem propriam, ſeu ordinariam, ſed tantùm territorium; ut ſenſus ſit, quòd poſſit Tutorem dare ſecundùm ſuum territorium. Deinde nil vetat, ſi etiam jurisdictio extraordinaria *ſua* dicatur, quatenus Magiſtratus illam à lege habet: *ſua* quippe eſſe poteſt, ſive *vi officii*, ſive *vi legis* illam habeat; cùm utroque caſu radicetur in perſona habentis ſecus ac delega-

ta,

Digitized by Google

ta, quæ reſidet in delegante. (a) Hodie tamen jus dandi Tutores teſtante *Hopp. cum aliis ad §. 4. h.* reducitur ad jurisdictionem ordinariam, ita, ut quilibet Magiſtratus pupillis ſuæ jurisdictioni ſubjectis de Tutore poſſit proſpicere.

Subjectum eſt ille, qui à Magiſtratu Tutor datur. Dari autem poteſt, qui aliàs poteſt eſſe Tutor, & eſt ſubjectus jurisdictioni dantis: quia extra territorium jus dicenti impunè non paretur. *l. fin. ff. de jurisdict.* (b) Aliter diſcurrendum de tutela teſtamentaria; cùm Pater poſſit in ſuo teſtamento etiam tutorem extraneum deſignare: ille enim hoc facit vi patriæ poteſtatis, quæ utpote privata etiam ſe exerit extra territorium *arg. l. 10. ff. de tut. & l. 32. pr. ff. de teſtam. tut.* Magiſtratus econtra defert vi Jurisdictionis, quæ ad limites territorii reſtricta eſt. 2

Non officit, quòd Magiſtratus tutorem denominare poſſit ſuum collegam *l. 19. §. 1. ff. de tut. & cur. dat.* eſto, collega in collegam Jurisdictionem non habeat: nam hoc intelligitur, ſi collega collegæ ſpontè ſe ſubjiciat. vid. l. *13. §. 4. ff. ad SC. Treb.*

Quid ſi pupillus haberet bona extra territorium? Reſpondetur, Tutorem in domicilio pupilli denominatum poſſe etiam adminiſtrare bona alibi ſita. *l. un. C. ubi pet. tut. vel curat. § 17. Inſtit. de excuſ. tut.* quia acceſſorium ſequitur ſuum principale. Quòd ſi Magiſtratus rei ſitæ ejusmodi Tutorem admittere nolit, debebit ipſe curatorem illorum bonorum deſignare.

Quid ſi in territorio pupilli non adeſſet Tutor idoneus? Reſpondetur, debere à Magiſtratu pupillari per litteras, ùt vocant, reverſales alium Magiſtratum requiri, qui Tutorem idoneum conſtituat, uti Jure Romano colligitur ex *l. 24. ff. de tut. & curat. dat.* & ex Brunneman. docet *Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. §. 3. in fin.*

Objectum tutelæ dativæ eſt pupillus deſtitutus Tutore tam teſtamentario, quàm legitimo. Hinc

(a) Nec officit ulteriùs, quòd tutor poſſit ad tutelam ſuſcipiendam cogi *l. 1. §. 1. ff. de adminiſt. & per. tut.* conſequenter opus erit imperio ſaltem mixto. Hoc haud dubiè verum eſt. At nobis hic non eſt ſermo de facultate cogendi, ſed dandi. Atqui iſta, inquis, ſine illa effectu fruſtrabitur. Minimè! quia, qui dat, utraque facultate pollet; ſed non utraque emanat ex eodem fonte. Iſta oritur ex ſpeciali conceſſione; Illa (hac conceſſione ſuppoſita) competit vi officii. Paucis: qui habet jus dandi, etiam imperio mixto polleat, neceſſe eſt, *arg. l. ult. §. un. de offic. ejus & l. 2. ff. de Jurisd.* Sed non omnis, qui imperio pollet, etiam poteſtate tutores dandi præditus eſt.

(b) Sed quid ad dictum Ulpiani *in l. 10. ff. de tut.* ibi: *Etiam non Municeps tutor dari poteſt, dummodò Municipi detur?* Id quod reſpondet Paulus: *in l. 24. ff. de tutor. & curat. dat.* dari nempe poſſe non ſubditum; at non immediatè; ſed mediante requiſitione ad Judicem competentem facta; aliàs Paulus ſibi contradiceret *in l. 3. ff. d. t.*

Digitized by Google

3 Forma hoc requiſito abſolvitur, quòd tunc primùm locus ſit tutelæ dativæ, quando deficit teſtamentaria, & legitima. Deficit autem non tantùm, ſi nullus planè adſit, nec teſtamentarius, nec legitimus, ſed etiam, ſi adſit quidem, ſed ſit hic & nunc impeditus.

Verùm hic paulisper ſubſiſtendum, ac videndum, an in locum Tutoris impediti Tutor dandus ſit, an Curator? Dubium excitat *§. 5. Inſt. de curator.* ibi: *Interdum autem & pupilli Curatores accipiunt, ùt puta, ſi legitimus Tutor non ſit idoneus, quoniam habenti Tutorem Tutor non datur.* Econtra tutorem dandum diximus ſuprà de *legit. agnat. tut. num. 4.* & deducitur ex *§. 1. h.* ubi in locum impediti *Tutor petendus, Tutor dandus* dicitur. Liceat ope diſtinctionis difficultatem accuratiùs explanare, ac ſejungere tutorem teſtamentarium à legitimo; ſi teſtamentarius ab initio à tutela ſuſcipienda impediatur, de alio *Tutore* interim à Magiſtratu proſpicitur; uti habentur exempla in *d. §. 1. h. t. & §. 2. qui teſtam. tut. dar. poſſ.* ſi verò legitimus ab initio impediatur, dandus eſt *Curator*, non Tutor *l. 10. §. 7. ff. de excuſat.* Ratio eſt, quia legitimus ipſo jure eſt Tutor, & Tutorem habenti Tutor non datur: teſtamentarius econtrà primùm ſit actu talis, quando tutelam actu ſuſcepit. (a) Si impedimentum ſuperveniat, ut tutelam ſuſceptam continuare non poſſit, rurſus eſt diſtinguendum, utrùm ſuperveniat impedimentum perpetuum, aut indeterminatum, num verò temporale? ſi perpetuum, ſeu etiam indeterminatum, puta, ſi ſit remotus, vel in perpetuum relegatus, Tutor dandus erit. *l. 4. C. in quib. cauſ. tut. habent.* Si temporale, fortè quòd ad tempus relegetur, non Tutor, ſed Curator dabitur *l. 28. §. fin. ff. de excuſ.* Harum diſtinctionum ſubſidiô concordabis *l. 12. de tut.* cum *l. 15. ff. de tut. & curat. dat.* in quarum priori in lo-

(a) Nónne, inquies, etiam tutor teſtamentarius ſtatim & ipſo jure, æquè ac legitimus, eſt tutor? Nónne tempora excuſationum juxta dicta ad *tit. de his, qui teſt. tutor. num. 2.* æqualiter in utroque incipiunt? Eſt quidem uterque ipſo jure tutor; ſed non ſine diſcrimine; lex quippe in ſua linea potentiùs operatur, quàm diſpoſitio hominis ſeu teſtatoris in ſua; quæ fiunt ipſo jure in ſua ſphæra non indigent facto hominis, cùm immediatè à lege proficiſcantur, robúrque obtineant; hinc eſt, quòd tutela legitima neque diem, neque conditionem recipiat; hinc eſt, quod tutor teſtamentarius, eſto ipſo jure ſit tutor, pro tali tamen actu non habeatur, niſi adita hæreditate *arg. l. 9. & 10. ff. de teſtam. tut.* hinc interim tutor, non curator dandus *§. 1. de Attil. tut.* Accedit, quòd ſi tutor ſit datus in teſtamento ex die, vel ſub conditione expreſſa, certè interim alius tutor detur ex *cit. hic tt.* ergo idem dicendum de conditione imbibita, quæ ſubintelligitur, quando teſtator tutorem hic & nunc impeditum dederit; quod de legitima, quæ conditionem nullam recipit, dici nequit. Hæc omnia ſatis apertè vix non cæcutienti apparebunt. Ita docent *Hopp. ad §. 5. de curat. Bachov. ibid.* & alii paſſim. Hinc non eſt operæ pretium aliorſùm ſtudioſas, eáſque omninò ſupervacaneas criſes morari.

Digitized by Google

locum Tutoris abſentis Reipublicæ cauſâ *Tutor* datus ſupponitur: in poſteriori verò *Curator* dandus dicitur. Item *l. pen. ff. de tut.* cum *l. 12. ff. de excuſ.* Illa in locum furioſi *Tutorem:* Iſta *Curatorem* dari jubet. Quamvis, ùt advertit *Hopp. ad §. 5. de curat.* negari non poſſit, neglectum nonnunquam in jure noſtro (multò frequentiùs hodierno) nomina Tutorum, & Curatorum poni.

Quæri hìc poſſet, utrùm Magiſtratus ex officio, num verò requiſitus Tutorem deſignare pupillo debeat? Reſpondetur, ſi nemo petat, teneri ex officio; quia publicè intereſt, ne pupillus indefenſus relinquatur. Dictum fuit, *ſi nemo petat.* Quibusdam enim tantùm commendatur petitio, quibusdam neceſſariò injungitur. Commendatur conſanguineis, affinibus, familiaribus, Educatoribus, & Amicis *l. 2. pr. & §. 1. ff. qui pet. tut. vel cur.* Injungitur Matri, & liberto in *d. l. 2. §. 2. & 3.* In *l. 10. C. de leg. hered.* autem omnibus iis, qui pupilli ſperant ſucceſſionem, ita, ut, ſi non petierint, & pupillus decedat, priventur jure ſuccedendi: ſi autem fiat pubes, poterit illos exhæredare. Limitatur, ſi Mater, vel alii conſanguinei ipſimet velint tutelam ſuſcipere. Dicta de Tutoribus, non ſunt ad curatores extendenda: quia pubes ſibi ipſi curatorem petere poteſt, vel non. *d. l. 2. §. 4. & 5. l. 6. C. d. t.*

Effectus, uti & contraria nihil habent ab aliis ſpeciebus ſingulare.

TITULUS XXI.

De Authoritate Tutorum.

Dictum eſt hactenus de Tutoribus: ſequitur eorum officium, quod conſideratur vel ante - vel poſt ſuſceptam tutelam. Antequam ſuſcipiant, Jure Romano debent conficere inventarium, tanquam fundamentum reddendarum rationum *l. 24. C. de Adminiſt. tut.* Hinc omiſſionem, vel remiſſionem Inventarii ſummoperè eſſe periculoſam, & omnimodò diſſuadendam, monet *Voët. ad ff. de adminiſt. per tut. num. 4.* Debent II. idoneè cavere. *tot. tit. b. de ſatisd. tut. & ff. rem pup. ſalv. for.* III. juramentum præſtare de fideli adminiſtratione, *nov. 72. c. ult. ord. pol. de Anno 1577. tit. 32.* jure verò noviſſimo præter, & ante hæc omnia debent exſpectare decretum Magiſtratûs. Tutela jam ſuſcepta vel reſpicit *perſonam*, vel *bona*, vel *negotia* pupilli. Circa perſonam debet Tutor diligenter curare, ut pupillus ſecundùm ſtatum (in quantum facultates admittunt) educetur. *l. 12. §. 3. ff. de adminiſt. & per. tut.* juncta *l. 2. cum ſeqq. ubi pupill. educ. deb.* Educatio nemini tutiùs, quàm Matri (niſi

ad

Digitized by Google

ad ſecundas nuptias convolârit) committenda videtur, *l. 1. C. ubi pup. educ. deb.* Ejus defectum ſupplebunt conſanguinei, accedente tamen judiciô Magiſtratûs, ut exulet omnis ſuſpicio. vid. *l. 2. C. d. t. & l. 1. pr. & §. 1. ff. eod.* Bona, quod attinet, Tutori incumbit adminiſtratio tanquam bono, & diligenti Patrifamilias, ut ea non tantùm conſervet, ſed ſi ſe offerat occaſio, etiam augeat, acceptandô donationes, vel hæreditates pupillo delatas, colligendô fructus &c.

Quæris, an teneatur dare pecunias ad uſuras? Tenebatur jure veteri *l. 58. §. 1. & 3. ff. de adminiſt. & per. tut.* cui ſe conformat praxis moderna; uti teſtatur *Voët. ad ff. de adminiſt. & per. tut.* quod vel maximè procedet, ſi totum pupilli patrimonium in pecunia conſiſteret. vid. *theſ. jur. ad compend. Lauterb. d. t. num. 34.* Jure noviſſimo non tenetur, ita, ut Juſtinianus pecunias ſepeliri, quàm fœnori exponi maluerit in *nov. 72. c. 6.* Quòd ſi Tutor pecunias pupillares in ſuos uſus, omiſsa prædiorum comparatione, converterit, tenetur ad uſuras graviſſimas. vid. *l. 7. §. 4. & ſeqq. d. l. 58. §. 1. ff. de adminiſt. & per. tut.*

Huc etiam ſpectat pupilli defenſio, quæ tutori incumbit; uti enim tenetur tutor debita tum à ſe, ſi quid debeat, tum ab aliis debitoribus exigere *l. 46. §. fin. ff. l. 18. C. de admin. tut.* ita etiam debet pupillum in judicio conventum defendere *l. 30. ff. d. t.* ita, ut etiam ab uno ex pluribus tutoribus rectè defendatur *l. 1. C. ſi ex plurib. tut. vel curat.* ſitque in libertate creditorum, quem velint eligere *l. 36. ff. eod.* idémque illuſtratur ex *l. 47. §. ult. ff. d. t.* quia diviſio tutelæ, quæ aliàs indiviſa eſt, non præjudicat creditoribus. Satiùs tamen erit, litem omnibus denunciare, uti monet *Hub. ad ff. d. t. num. 13.*

Quid, ſi Tutor ſit impeditus, quô minûs negotia pupilli poſſit adminiſtrare? ſi pupillus ſit præſens, & ultra infantiam, ille Tutore authore Procuratorem, utpote litis dominus, conſtituit *l. 24. ff. de admin. tut.* ſecùs autem ad illos actus dandus eſt actor. *§. 6. Inſt. de curat. vid. Hopp. ibid.*

Quæres hic occaſionaliter de quali culpa Tutor teneatur? Reſpondetur de levi *l. 33. ff. de admin. & per. tut. l. 7. C. arbitr. tutelæ*, id eſt, in geſtione tutelæ debet adhibere mediocrem diligentiam, ſeu talem, quàm diligentes patresfamilias impendere ſolent; & ſi hanc omiſerit, & ita damnum dederit, tenetur illud pupillo reſarcire. Quæ obligatio tamen ad hæredes non extenditur; cùm illi tantùm teneantur damnum illud reſarcire, quod Tutor dedit ex culpa lata, hoc eſt, ex magna negligentia *l. 4. ff. de Magiſtr. conv.* ſiquidem quòd Tutor teneatur ad culpam levem, cùm tamen nullum ſentiat commodum, eſt quid ſpeciale, & contra communes juris regulas in materia de contractibus dari ſoli-

tas

Digitized by Google

tas (vid. interim *l. 5. §. 2. ff. commod.*) hinc non debet hæc obligatio ad hæredes extendi.

2 Negotia pupilli firmantur tutoris authoritate, quæ propriè eſt hujus loci.

Ipſa auctoritas definiri poteſt, *quòd ſit jus approbandi negotium, quod à - vel cum pupillo geritur.* Præſtatio verò auctoritatis *eſt approbatio negotii, quod à - vel cum pupillo geritur à tutore interpoſita.*

Cauſa efficiens eſt tutor, qui auctoritatem præſtat. Poteſt autem auctoritatem præſtare omnis tutor ſive onerarius, ſive honorarius, ſive notionalis. *l. 49. ff. de A. vel O. H. l. 14. §. 1. ff. de ſolut.*

Non obeſt *l. 4. ff. de auctor. tut.* quia loquitur de illo tutore, cui adminiſtratio expreſſe eſt prohibita: tutori autem honorario adminiſtratio non eſt prohibita, ſed tantùm in ejus favorem illi non eſt impoſita. Vel dici poteſt cum aliis, ſi agatur principaliter de re alienanda v. g. in venditione, non ſufficere auctoritatem honorarii; benè verò, ſi de re acquirenda, eſto, ſecundariò pupillus obligetur; uti in aditione hæreditatis: Si plures ſint tutores, ſufficit, ſi unus auctoritatem interponat *d. l. 4. h. t.* niſi I. agatur de jure ſingulorum v. g. de tutela diſſolvenda, fortè pupillo arrogando, aut reddendis à contutore rationibus. Vel II. ſit facta tutelæ diviſio *l. fin. C. d. t.* quia, quod ſingulos tangit, à ſingulis eſt approbandum. *c. 29. de R. J. in 6.*

Objectum auctoritatis ſunt negotia, in quibus requiritur. Ubi 3 eſto generalis regula, quòd in omnibus negotiis, in quibus pupillus per ſuum factum ſe obligat, requiratur indiſtinctè auctoritas tutoris. Ita colligitur ab inductione ex *princ. Inſt. & l. 9. ff. h. t.* Hinc non valet negotium *unilaterale*, ſi pupillus alteri obligetur; benè verò, ſi alter pupillo; quia etſi non poſſit facere ſuam conditionem deteriorem ſe alteri obligando, poteſt nihilominus facere meliorem alterum ſibi obligandô. *arg. l. 14. C. de procur.* Si ſit bilaterale, ſine auctoritate claudicat, hoc eſt, alter pupillo, non item pupillus alteri obſtringitur; ſibi enim imputet ille, quòd cum pupillo contraxerit.

Neque dicas, in contractibus bilateralibus æqualem eſſe utriusque contrahentis conditionem. *arg. l. 2. C. de reſcind. vend. l. 40. §. fin. ff. de recept. qui arbitr.* Nam hoc verum eſt, ſi utrinque ſit eadem ratio, quod hic deficit: cùm tamen durum accideret alteri manere ad libitum pupilli perpetuò obligationis nexu obſtrictum, poteſt contra illum experiri, ut ſe tutore auctore declaret, num velit ſtare contractui, vel ab eo recedere. *vid. l. 13. §. 27. 28. & 29. ff. de A. E. V. Hopp. ad princ. h. t.* In quaſi contractibus, qui ſcilicet perficiuntur conſenſu ficto, ſeu à lege præſumpto, vel inducto, pupillus rurſus non obligatur, ſi

Digitized by Google

ejus factum intercedat: hinc non valet aditio hæreditatis extranei: (nam in paterna eſt ipſo jure hæres. *l. 8. princ. ff. de A. vel O. H.*) *d. princ. Inſt. h. t.* Ratio eſt: quia adeundò hæreditatem ſe obligat creditoribus hæreditariis, ac legatariis. Cur aditio non claudicat? Ideo, quia creditoribus nihil poteſt imputari; quia etiam inviti in hæredem incidunt. *Vin. ad §. 1. h.*

Nec valet paritas, quòd poſſit pupillus ſine tutoris auctoritate agnoſcere bonorum poſſeſſionem *l. 7. C. qui admitt. ad bon. poſſ.* nam hoc verum eſt, ſi hanc ſuppleat præſentia Magiſtratûs.

Quòd ſi ſit talis contractus, ubi factum pupilli nullatenus intercedit; uti contingit, ſi quis gerat pupilli negotia; pupillus haud dubiè obſtringitur, quia lex ejus conſenſum ſupplet. *l. 46. ff. de O. & A. l. 20. ff. com. divid.*

Quid, ſi negotium geratur inter pupillum, & ipſum tutorem? Dandus eſt ad hunc actum, niſi adſint contutores, curator: quia tutor in re propria directè auctor eſſe non poteſt. *§. ult. Inſt. l. 1. & 7. ff. h. t.* Dictum fuit *directè*; nam ſi tantùm indirectè tutorem concernat v. g. ſi auctor ſit, ut pupillus debitoris ſui (Tutoris) hæreditatem adeat, non prohibetur, auctoritatem præſtare. *d. l. 1. & 7. ff. h.*

Quid, ſi pupillus ſit adhuc infans? (a) Hoc caſu tutor nomine pupilli contrahit *l. 18. §. 2. & 3. C. de jur. delib.* ſiquidem auctoritatem præſtare eſt approbare negotium, quod cum pupillo geritur, *l. 3. ff. h.* cum infante autem, qui nec velle, nec nolle habet. *l. 189. ff. de R. J.* nihil poteſt geri: quapropter, ut advertit *Hopp. ad princ. h. tit.* contractus pro infante ita debet concipi. *Titius tutor nomine Caji pupilli ſui vendit, vel emit.* Si verò pupillus ſit extra infantiam, contractus ita efferendus: *Cajus pupillus auctoritate tutoris* ſui Titii vendit, aut emit &c. Quod tamen uſu hodierno non obſervari, teſtatur *laud. Author. ibid.*

Forma ſtat in requiſitis. Requiritur autem I. ut tutor perſona-
4 liter, ſeu phyſicè, & ſimul moraliter, calente negotio, ſit præſens: *§. 2. h. &*

(a) Notat Heinec. *ad h. t. §. 1.* Antiquiſſimum fuiſſe Romanis *alieno nomine agere poſſe neminem*; conſequenter nec tutor pupilli nomine Quum tamen lubrica pupillorum ætas, judiciique imbecillitas non permitteret eis concedi liberam rerum ſuarum adminiſtrationem, ſtatuerunt, ut tutor omnia pro infante, ſed nomine proprio (non infantis) ageret. Et hoc inde probat, quòd ſi pupillus cum cretione (cujus formula erat: *cernito hæreditatem v. g. intra 100. dies*) eſſet inſtitutus, tutor bonorum poſſeſſionem petebat *l. 11. ff. h. t.* & quidem nomine proprio, quia hæreditatem cernere, & adire erant actiones legis, quæ per alium fieri non poterant, uti tradit Gottofr. *Cod. Theod. tit. de cretione* (eſt *tit. 1. lib. 4.*) & firmat idem Heinec. ex *l. 4. & 5. C. de jur. delib.*

Google

h. & *l. 14. ff. eod.* II. ut ſponte ſit præſens : cogi enim non poteſt *l. 1. §. 1. ff. d. t.* rationem ſubminiſtrat *Huber. ff. d. t. num. ult.* quia tutor res pupillares adminiſtrat locô Domini *l. 27. ff. de admin.* & *pericul. tut.* incivile autem eſt, dominos, aut parentes ad res agendas adigi. (a) III. ut expreſsè negotium approbet. *l. 3. ff. h.* & denique IV. ut purè approbet *l. 8. ff. eod.*

Effectus auctoritatis ritè interpoſitæ eſt, quòd negotium valeat, 5 ſalvô tamen per quadriennium, quod incipit à tempore cœptæ majorennitatis, remediô reſtitutionis in integrum, ſi fuerit probata læſio, *tot. tit. C. ſi tut. vel cur. interv.* ſi autem auctoritas tutoris non intervenerit, negotium eſt ipſo jure nullum, adeóque perpetuò, id eſt, per 30. annos impugnabile : eſto, nulla intervenerit læſio ; cùm pupillo remediô ordinariô proſpectum ſit.

Quæri hic ſolet, num pupillus ſine auctoritate tutoris contrahens, neque naturaliter, ſeu in conſcientia obligetur ? Communior eſt negativa, quæ deducitur ex *l. 41. ff. de condict. indeb.* ubi ſi pupillus ex ejusmodi negotio quid ſolverit, repetere poſſe dicitur ; conſequenter ſignum eſt, eum neque naturaliter obligari : quia obligatio naturalis impedit condictionem indebiti *l. 10. ff. de O. & A.* Id ipſum aſſerere cogit *l. 59. ff. d. t.* ibi : *pupillus mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem jure naturali obligatur.*

Ad textus contrarios, ùt inter alios ſunt. *l. 1. ff. de novat. l. 44. l. 95. §. 4. de ſolut. l. 25. §. 1. ff. quand. dies leg. l. 14. ff. de condict. indeb. l. 64. ff. ad S. C. Trebell.* Reſponderi poterit, vel loqui de obligatione naturali minùs plena, quæ non ſtringit ipſum pupillum, ſed tantùm in illius perſona ſuſtinetur in odium tertii, puta, fidejuſſoris, novatoris, hæredis &c vel ſi loquantur de ipſo pupillo, intelligendi ſunt de caſu, quo fuit factus ditior ; uti habetur in *l. 5. pr.* & *§. 1. ff. h.* ſed hoc ad alias curas remittimus. Videantur interim *Authores paſſim* tum hic, tum ad materiam de contractibus.

TITULUS XXII.

Quibûs modîs Tutela finitur.

Contraria tutelæ (quæ ſuprà *tit. 13. in fin.* huc retulimus) ſunt modi, quibus ſolvitur. Solvitur autem vel ipſo jure, vel officio Magiſtratùs. *Ipſo Jure* I. PUBERTATE, quæ maſculis juxta ea, quæ

(a) Quid autem ſi nolit præſtare authoritatem ? cogi quidem non poteſt ; ſed, ſi exinde pupillo damnum eveniat, datur contra tutorem regreſſus ; ſicut ſi temerè interpoſuerit. *l. 10.* & *17. ff. h. t.*

Digitized by Google

quæ diximus de jure perſonarum, *anno 14.* fœminis verò 12. advenit *princ. Inſt. h. l. fin. C. quand. tut. eſſe des.* addantur etiam *l. 2. pr. de vulg. & pup. ſubſtit. l. 5. ff. qui teſtam fac. poſſ.* Debet tamen annus eſſe mathematicè, id eſt, usque ad ultimum momentum completus, *d. princ. h. l. 3. §. 3. ff. de minor.* nec ultimus dies cœptus pro completo habetur.

Nec obſtat *l. 5. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* quia ibi favor pupilli aliter exigit. Cape igitur regulam: ſi favor illius, de cujus ætate agitur, exigit, ut dies ultimus inceptus habeatur pro completo, habendus eſt pro completo, *d. l. 5.* econtrà, ſi ejus favor poſtulat, ut dies ultimus planè ſit completus, debet usque ad momentum ultimum compleri *d. l. 3. §. 3.* hic autem favor pupilli exigit, ut dies compleatur usque ad ultimum momentum, ne tutela citiùs abſolvatur.

Quòd autem apud veteres pubertas in maſculis agnita fuerit ex impudica corporis inſpectione, ùt ſupponit compilator Tribonianus, difficile eſt aſſerere; cùm de ejusmodi inſpectione, niſi in caſibus extraordinariis, qui & hodie contingere poſſunt, ùt ſi quæſtio oriatur de impotentia ad generandum, nullum in hiſtoria habeatur veſtigium; neque enim per habitum corporis inſpectio illa ocularis, ſed externa corporis habitudo intelligi potuit, uti ſimilia habentur *in l. 2. ff. de Feriis & l. 3. C. ſi min. ſe maj. dix.* Tribonianum conatur defendere *Huber. lib. 3. obſ. cap. 13. & 14.* & *Bynckhersh. obſ. lib. 3. c. 2.* Econtrà quid huic errori cauſam dederit, exponit *Heinec. antiquit. Rom. lib. 1. ad h. t. n. 4.* Finitur tutela

Secundò MORTE pupilli, aut etiam tutoris ſaltem reſpectu hujus perſonæ *§. 3. h.* quia eſt munus perſonale *l. ult. §. 1. C. de mun. & honor.* nec ad hæredes tranſit *l. 16. §. 1. ff. de tut.* dabitur tamen alius tutor vel legitimus, vel dativus pro diverſitate caſuum, de quibus ſuprà *de Attiliano tut. num. ult.* Solvitur

Tertiò CAPITIS DIMINUTIONE ex parte pupilli tam *Maxima*, & *Media*, quàm *Minima*, ſi ſcilicet ſe dedit arrogandum *§. 1. h.* quia tranſit in poteſtatem patris arrogatoris: ex parte tutoris verò *Maxima*, & *Media*; non item *Minima* (niſi olim legitima) *§. 4. h. t.* conſequenter eſto, tutor ſe arrogandum daret, maneret tutor: quia etiam filiusfamilias poteſt eſſe tutor. *princ. Inſt. qui teſtam. tut. dari.* Ceſſat

Quartò, ſi fuerat data AD TEMPUS, vel ad CONDITIONEM *§. 5. d. t.* ita tamen, ut alia ſuccedat. *arg. §. 1. de Attil. tut. Officiô Magiſtratûs* ceſſat, vel ſi tutor ſe excuſet à tutela, quam jam actu adminiſtravit (aliàs enim excuſatio tutelam prævenit, non finit) vel ùt ſuſpectus removeatur. *§. fin. h.* & nos infrà. His modis finiendi ſuperaddi poteſt IMPEDIMENTUM SUPERVENIENS, ſi fortè tutor mutus

tus, aut ſurdus fiat (non item cæcus *l. 16. ff. de auctor. tut.) arg. l. 1. §. 2. & 3. ff. de tut.* quia tutor & loqui, & audire debet. *Hub. h. n. 4.* Notandum, debere tutorem, finitâ tutelâ ipſo jure, pupillum monere, ut ſibi curatores petat, aliàs neglectæ admonitionis tenebitur: quia hoc officium eſt adhuc tutelæ annexum. *l. 5. §. 5. ff. de adminiſtr. & per tut.* Dictum fuit *ipſo jure:* nam ſi tutela finiatur officiô Magiſtratûs, remotione, vel excuſatione, ipſius ſunt partes etiam alium tutorem dare. *l. 11. §. 1. & 2. ff. de teſtam. tut.*

TITULUS XXIII.

De Curatoribus.

ADventu pubertatis ceſſat quidem tutela; cùm adoleſcentes, prætextâ (a) in virilem togam mutatâ, in forum deducti admittebantur olim ad negotia gerenda, dicebantúrque, *in ſuam veniſſe tutelam: recipere tutelam. princ. Inſt. de pupill. ſubſt. l. 39. pr. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* Neque leges de alia poteſtate proſpexerant: quia tamen infirmum eſt minoris ætatis conſilium, & multis captionibus ſuppoſitum, Prætor eis non tantùm pollicetur reſtitutionem in integrum, caſu quo lubrico ætatis fuerint læſi, ſed etiam ſtatuit, ut curatorum auxiliô regerentur. *l. 1. pr. & §. ſeq. ff. de min.* Equidem LL. 12. tabb. curatela tantùm deferebatur Furioſis, & Prodigis, non item Minoribus: probroſum quippe videbatur, liberum hominem non habere liberam rerum ſuarum adminiſtrationem *l. 2. ff. ſi quis à par. manum.* donec lege Lætoria ſtatutum fuerit, ut adoleſcentibus laſcivis, ac diſſolutis, vel ad luxum pronis curator daretur. Quoniam autem etiam hoc indecoroſum videbatur, cautum fuit, ut omnibus adoleſcentibus, non redditis causîs (laſciviæ, aut luxûs) deſiderantibus curatores decernerentur. *l. 13. §. 2. ff. de tut. & curat. dat. l. 2. §. 4. & 5. ff. qui pet. tut. vel curat.* 1

Quid ſit curator, facilè colliges, ſi ſcias, quid ſit curatela, quæ deſcribi poteſt, *eſſe vim, ac poteſtatem in capite libero ad adminiſtrandum bona illius, qui illa propter ætatem, aut alium defectum corporis, vel animi ipſemet adminiſtrare non poteſt.* (b) 2

Alia

(a) Inde impuberes prætextati dicebantur; erat autem *prætexta* puerilis toga, quam gerebant durante impubertate. Hâc finitâ togam aliam, quæ *libera* dicebatur, induebant, & jam in forum prodibant.

(b) Parùm ſibi cohærere videtur Tribonianus *h. in pr. & §. 2.* Impuberem ſua negotia tueri non poſſe, nec tamen poſſe cogi ad curatores habendos. Dices equidem ſua negotia tueri poſſe; ſed non tam facilè, nec omnes. At contrà videtur, quòd utrumque ſit per modum regulæ. Sit jam regula, quòd abſolutè non poſſit cogi, & ſimul, quòd difficulter poſſit adminiſtrare, nec enim ſequitur, quòd abſolutè non poſſit ſua bona tueri.

Digitized by Google

Alia eſt legitima, alia dativa. *Legitima*, (a) quæ ex *Leg. 12. tabb.* furioſorum, vel prodigorum agnatis defertur. *§. 3. h. t.* *Dativa*, quæ decernitur à Magiſtratu. *§. 1. d. t.*

Scire cupis, cur non detur curatela teſtamentaria? Ajunt communiter; quia curator non datur invitis, ſed tantùm volentibus; actus autem teſtamentarii non poſſunt dependere ab alterius arbitrio: jam utique dependerent, ſi eſſet in libertate adoleſcentis accipere, vel non accipere curatorem teſtamentô datum: fortè meliùs: quia LL. 12. tabb. de tutela, non autem de curatela rei ſuæ diſponere permittunt; curatela enim minorum ex mox dictis, iis legibus erat adhuc incognita. Deinde tutela perſonæ datur, cura verò rebus; de rebus verò ipſius filii Pater in tempus, ubi filius ſui juris, & teſtamenti factionis capax futurus eſt, per teſtamentum diſponere non poteſt. Hinc etiam eſt, quòd ſubſtitutio pupillaris ultra impubertatem non extendatur. (b) Si tamen curator teſtamentô detur, confirmandus eſt *§. 1. h. t.*

Alia eſt *Ordinaria*, alia *Extraordinaria*. Prior eſt, quæ reſpicit puberes, ſeu minorennes. Poſterior, quæ competit in majorennes furioſos, aliòve defectu laborantes.

3 Cauſa efficiens ſunt partim *LL. 12. Tabb. §. 3. h.* partim Lex Lætoria, partim Jus prætorium *l. 1. §. fin. ff. de minor.* partim etiam Conſtitutiones Principum. *l. 33. §. 1. ff. de adminiſt. & peric. tut. vid. Hein. antiquit. Rom. h. §. 2. 3. 6. & ſeqq.* Jungi poteſt pro cauſa proxima Magiſtratus, vel etiam hodiernis moribus, ubi admittitur curatela teſtamentaria, ipſe teſtator.

Subjectum eſt curator. Poteſt autem eſſe curator, qui tutor.

4 Objectum primarium ſunt bona illius, qui curatore eget. Secundarium eſt ipſa perſona, & quidem, ſi ſit ordinaria, eſt Minor, ſi extraordinaria, ſunt Majorennes, ſi furore, amentiâ, vel aliô impedimentô animi, vel corporis laborent. vid. *princ. §. 3. & 4. h. t. l. 8. §. 3. & l. 12. pr. ff. de tut. & curat. dat.* Interdum etiam pupilli curatores accipiunt, puta, ſi legitimus tutor non ſit idoneus *§. 5. h.* recapitulentur dicta *de Attil. tut. num. 3.* quia habenti tutorem tutor non datur; intelli-

(a) Num & hæc matri & aviæ deferatur? Hæc qualitas nullibi iis tribuitur; ſed tutricum duntaxat. *l. 1. & ſubjecta Authent. ſi matri & avia C. quand. mul.* ſecut in praxi.

(b) Ultimata denique ratio patebit conſideranti ſeriem introductæ curatelæ. Leg. 12. tabb. de curatela minorum nihil cavetur: Lege Lætoria cautum tantùm erat de immorigeris, & laſciviæ deditis: Conſtitutio Antonini pariter ſolummodo ſtatuit, ut adulti, ſi vellent, non redditis ampliùs cauſis v. g. laſciviæ &c. peterent, ſeu acciperent, non autem parentibus facultatem aſſignandi curatores indulſit: Juſtinianum pariter hoc in paſſu quid novi diſpoſuiſſe, non legitur; hinc manſit jus vetus in quantum non fuit mutatum.

Digitized by Google

ſige diverſis temporibus: nam eodem tempore plures tutores dari nihil prohibet. *l. 23. ff. de tut. & cur. dat.* quia pro uno habentur, neque dici poſſunt, dari habenti. Rationem dat *Hopp. b. ad §. 5.* quia tutor perſonæ datur, quæ eſt individua: poſtquam igitur unus tutor integræ perſonæ gubernationem ſuſcepit, non poteſt eadem alii, altero gubernante, committi, aliam ſuggerit *Hub. lib. 3. digreſſ. c. 19. n. 1.*

Limitatur hæc regula in caſu, quo bona pupilli in diverſis territoriis ſita ſunt: hic enim tutori conquerenti, ſe non ſufficere, alius ei tutor adjungendus. *l. 21. §. 2. & ult. ff. de excuſ.* ratio hujus exceptionis eſt favor pupilli; cùm ejus bona meliùs per tutorem, quàm curatorem adminiſtrari poſſint: neque enim ſemper ſufficit pupillo curator; uti patet in aditione hæreditatis, quæ tutorem expoſcit. *l. 17. §. 1. ff. de appell.* vid. tamen *l. 12. cum tribus ſeqq. ff. de teſtam. tut.*

Quæres, quando locum habeat curator legitimus, quando dativus? Legitimus datur furioſis, & prodigis *§. 3. b.* ſicut enim conſanguinei habent certam ſpem ſuccedendi; cùm ejusmodi perſonæ non poſſint facere teſtamentum; ita etiam onus curatelæ in ſe ſuſcipere debent. *arg. l. 1. ff. de leg. tut.* quòd ſi conſanguinei non adſint, hunc defectum ſupplet Magiſtratus. Ita intellige verba finalia *cit. §. 3.* quæ non emendatoriè, ſed potiùs ſuppoſitivè adjecta eſſe, defendi poteſt: hanc interpretationem etiam capiunt verba Ulpiani *in l. 8. §. fin. de tut. & curat. datis:* ibi: *furioſo, & furioſæ, & muto, & ſurdo tutor, vel curator à Prætore, vel Præſide dari poterit;* puta, ſi deficiant conſanguinei. Contra ſentit *Huber. b. num. 6.* quem, ſi placet, vide, & nobis non adeò invitis ſequere; non leve fundamentum tibi ſubminiſtrabunt. *l. 1. & 6. ff. de curat. furioſ.* Minoribus, & aliis, qui poſſunt ſibi teſtamentum facere, & ita excludere conſanguineos, quales ſunt perpetuô morbô laborantes, curator à Magiſtratu deſignatur; quia, cùm conſanguinei non habeant certam ſpem ſuccedendi, neque ſunt, ipſo jure, certo onere gravandi. Dixi: *ipſo jure:* nihil enim vetat, quin conſanguinei, uti alii, poſſint à Magiſtratu curatores denominari. An etiam filius patri, cùm videatur indecoroſum, patrem à filio regi? Verùm hac ratione non obſtante affirmat Ulpianus in *l. 12. §. 1. ff. de tut. & cur. dat.* Idem habetur in *l. 1. §. fin. ff. de curat. furioſ.* eſt enim regimen pietatis potiùs, quàm poteſtatis. *l. 4. ff. d. t.*

Dubitatur, num adoleſcentibus invitis detur curator? Utraque ſententia ſuis non deſtituitur fundamentis. Affirmativa, quam poſt alios defendit *Nood. qui pet. tut. vel cur.* circa finem, deciſa videtur in *l. 1. §. 1. ff. de min.* ibi: *ſiquidem minores curatorum auxiliô ita reguntur, ut ante majorennitatem completam eis adminiſtratio committi non debeat,*

quam

Digitized by Google

quàm benè rem ſuam gerentibus. Cui accedit, quòd, licèt non poſſint cogi directè, quatenus officium tutoris non abſolvitur, niſi conſtitutis curatoribus *l. 33. §. 1. ff. de admin. & per. tut.* hinc etiam eſt, quòd tutor pupillum monere debeat, ut curatorem petat. *l. 5. §. 5. d. t.* Negativa, quam defendit cum communi *Hub. lib. 3. digreſſ. c. 15. num. 3.* non minùs ſtabilita videtur, tum in *ttext. hic num. 1. citt.* (a) tum clariùs in *§. 2. h. t.* ubi Tribonianus: *Item inviti adoleſcentes curatores non accipiunt, niſi ad litem*; alius caſus exceptus habetur in *l. 7. §. 2. ff. de min.* ubi pupillus in caſu ſolutionis eidem præſtandæ ad curatorem cogi poſſe, decernitur. Jam conſtat, quòd exceptio firmet regulam in caſibus non exceptis. Deinde in *l. 3. C. de in integr. reſtit.* ſupponitur, minorennem eſſe poſſe ſine curatore. Hâc poſteriori ſententiâ receptâ reſpondetur ad textus pro affirmativa adductos, & quidem ad *l. 1. §. 1. ff. de min.* eam loqui de caſu, quo minor jam curatorem petiit, ac habet, quem dimittere ei ampliùs non eſt permiſſum. *L. 33. §. 1. ff. de admin. & per. tut.* non loquitur taxativè; ſed ſimpliciter dicit, tutelam finiri conſtitutis curatoribus, ſuppoſitô ſcilicet, quòd minor ad monitionem tutoris (de qua in *d. l. 5. §. 5. d. t.*) eos petierit. Moribûs hodiernis *ordinatione. polit. de Anno 1577. tit. 32. §. 1.* approbatis, uti tutor, ita curator invitis datur. Neque ſibi perſuaſum habeant ejusmodi adoleſcentes; curatorem præcisè habere poteſtatem in bona; nullatenus in perſonam: ſiquidem hæc opinio tam juris principiis, quàm quotidianæ experientiæ adverſatur.

5 Forma conſiſtit in differentia, qua ſecernitur à tutela. Secernitur autem in eo, quòd curatela primariò reſpiciat bona, & ſecundariò perſonam: tutela econtrà primariò perſonam, & ſecundariò bona. Et exinde eruitur ulterior differentia, quòd tutor dicatur præſtare *auctoritatem*, curator verò *conſenſum*; quod clareſcit ex *rubr. ff. de auctoritat. & conſ. tutor. & curat.* Nec eſt (ſpectatô Jure Romanô) quæſtio nominis: nam auctoritas requiritur ad integrandam, & quaſi complendam perſonam pupilli, aliàs incapacem ad contrahendum; & ideo lege ſcripta (ſecùs eſſe volunt in praxi) debet intercedere calente negotio *§. 2. de auctor. tut. Hopp. ibid.* curatela verò tantùm requiritur ex parte ipſius actûs, ſeu contractûs, & non ad integrandam perſonam minorennis, ſeu puberis, cùm de ſe ſit capax ad contrahendum *l. 101. ff. de V. O.* eſto,

(a) Quibus adjungi poteſt *l. 6. C. qui pet. tut. vel curat.* ibi: *Petendi autem filiis curatores neceſſitas matribus impoſita non eſt; cùm puberes minores annis viginti quinque ipſi ſibi curatores, SI RES EORUM EXIGIT, petere debeant.* Adeóque non ordinariè & abſolutè. Sed DEBENT, inquit? Senſus eſt: ſi puberes exiſtimant, ſe curatorum auxilio indigere, ipſi ſibi petere debebunt, non alius. *arg. l. 13. §. fin. ff. de tut. & curat. dat.*

Digitized by Google

eſto, eidem adminiſtratio bonorum non ſunt libera; conſequenter conſenſus non debet intercedere calente negotio, ſed poteſt etiam ſupervenire. *arg. l. fin. ad SC. Maced.* Porrò, quamvis jure hodierno differentiæ Tutorum & curatorum planè ùt ſublatæ à multis jactentur; hoc tamen generaliter non videtur admittendum, uti advertit *Hopp. in uſ. hod. ad §. 2. verſ. ad certam cauſam.* Unde curator adhuc hodie principaliter bonis datur, Tutor perſonæ; & ita à JCtis Jenenſibus ex Schiltero judicatum refert *mox cit. Author.* Adhuc hodie Tutorem habenti Tutor regulariter non datur: Item etiam hodie minor validè perſonam ſuam ſine curatore obligat, non item pupillus absque Tutore: Adhuc hodie tutela pubertate, curatela verò majorennitate finitur.

Effectus curatelæ in præſenti ſenſu conſideratæ ſtat in poteſtate adminiſtrandi bona illius, cui de curatore proſpectum fuit, & præſtandi conſenſum in negotiis iis, in quibus aliàs requiritur authoritas Tutoris: videantur dicta ſuperiùs *de auctor. tut. num. 3.* hoc tamen obſervato diſcrimine, quòd impubes neque bona, neque perſonam ſuam (ſi excipias ſponſalia) poſſit ſine interventu Tutoris obſtringere: pubes autem poteſt ſaltem ſuam perſonam obligare, puta, ad factum præſtandum v.g. eundum Romam, pingendam tabulam, dummodò illa obligatio non tendat ad alienationem bonorum. Ita intellige *d. l. 101. ff. de V. O.* ibi Modeſtinus: *Puberes ſine curatoribus ſuis poſſunt ex ſtipulatu obligari:* Id, quod de obligatione rerum alienativa dici non poteſt. *arg. l. 3. C. de in integ. reſtit. min.* 6

Contraria ſunt modi, quibùs curatela ſolvitur. Solvitur autem vel modis communibûs, ſicut tutela, quos vide ſuprà; vel ſpecialibûs. Ubi ſecernenda eſt ordinaria, ab extraordinaria. Illa finitur duobûs modîs *Majorennitate*, quæ tam in maſculis quàm fœminis attingitur annô 25. completô. *l. 1. §. 1. l. 3. §. 3. ff. de min.* Excipe S. R. I. Electores, qui ex diſpoſ. Aureæ Bullæ *c. 7. §. 2.* annô 18. completô majorennitatem adipiſcuntur. *Magnif. P. Schmier in ſua Jurisprud. publ. Roman. Germanica* Opere verò magnifico *tom. 1. lib. 2. c. 2. n. 14.* & *tom. 2. lib. 2. c. 3. n. 22.* Et *Impetratione veniæ ætatis:* quæ maſculis concedi ſolet poſt annum 20. & fœminis poſt annum 18. *l. 2. pr.* & *§. 1. C. de his, qui ven. ætat. impetr.* Fœminis autem citiùs conceditur partim, quia, ùt quid imperfectius, citiùs (in ſua linea) matureſcunt: partim quia fœminæ ſunt juris ſui tenaciores, ut prodigalitas in fœminis ſit rara in terra avis. Illud notes velim, quòd minor, veniâ ætatis obtentâ, tantùm illa poſſit ſolus, quæ antea cum curatore agere permiſſus erat; non autem, quæ præter conſenſum curatoris etiam decretum Magiſtratûs exigunt, ùt eſt alienatio rerum immobilium, vel mobilium pretioſarum *l. 2. §. 1. l. 3. C.* 7

Digitized by Google

d.t. quæ etiam impetratâ veniâ Decretum requirit. *Hopp. h. ad princ. h.t.*

Tutela extraordinaria finitur ceſſante impedimento corporis, vel animi, cujus intuitu decreta fuit. In prodigis tamen probabiliùs non ceſſat ipſo jure, etſi ceſſet prodigalitas, ſed, ſicut, ùt dicatur juridicè prodigus, requiritur declaratio Magiſtratûs. *l. 10. pr. ff. de curat. furioſ. l. 6. de V. O.* ita etiam, ùt deſinat juridicè eſſe prodigus, requiritur decretum Magiſtratûs.

Nec obſtat *l. 1. ff. d. t.* ubi *ipſo jure* ceſſare dicitur: nam hoc non excludit declarationem judicialem; ſed tantùm indicat, quòd ceſſante prodigalitate debeat Magiſtratus curatelam tollere, ſicut ad mores prodigales illam decernere, & ita prodigo lege bonis interdicitur *l. 18. pr. ff. qui teſtam. fac. poſſ. Hub. h. n. 5.*

Nec obſtat paritas de tutela furioſi: quæ ipſo jure prorſus finitur; furor quippe apparet, nec à furioſo poteſt tegi, ſeu occultari; ſicut prodigalitas à prodigo *Clariſſ. D.D. Franz h. t. n. ult.*

TITULUS XXIV.

De Satisdatione Tutorum, & Curatorum.

VIdimus hactenus, quænam Tutoribus & Curatoribus ſint propria. Modò diſcutiendum, quænam ſint communia. Sunt autem tria, *Satisdatio*, *Excuſatio*, *& ſuſpecti Remotio*, ſuis titulis tractanda.

1 Primum commune eſt ſatisdatio: Romanis quippe legibûs magnâ curâ proviſum eſt, ut omnimodè pupilli indemnes ſerventur: Idcirco *ne pupillorum pupillarúmve, & eórum, qui, quæve in curatione ſunt* (ait Cæſar in *princ. Inſt. h.*) *negotia à Curatoribus, Tutoribúſque conſumantur, vel diminuantur, curet Prætor, ut & Tutores, & Curatores eo nomine ſatisdent.*

Eſt autem ſatisdatio in genere actus, quo alterum de re aliqua ſecurum reddimus.

Dividitur in ſatisdationem in ſpecie, & cautionem. Satisdatio in ſpecie fit datis fidejuſſoribûs. Cautio tantùm præſtatur vel nudis verbis, vel datis pignoribûs, vel præſtitô juramentô, uti videre licebit in *lib. 4. tit. 11.*

Sa-

Digitized by Google

Satiſdatio in ordine ad hunc titulum deſcribitur, quòd ſit *Actus, quo tutor, vel curator datis fidejuſſoribûs promittit, rem pupilli ſalvam fore.*
Cauſa efficiens remota eſt jus. Proxima ille, qui ſatiſdat. De- 2
bet autem ſatiſdare regulariter Tutor *legitimus.* Dictum: *regulariter* poteſt enim Prætor Tutori legitimo, præſertim ſi ſit ex numero parentum, & probatæ vitæ, ſatiſdationem, cauſâ cognitâ, remittere. vid. *l. 5. §. 1. ff. de leg. tut.* Tutor dativus, vel eſt datus à Magiſtratu majori, vel minori: poſterior ſatiſdat, non etiam prior, *princ. & §. 3. Inſtit. h. t.* Ratio diverſitatis eſt: quia Magiſtratus majores dabant prævia inquiſitione in facultates, & mores: hinc, cùm non darentur, niſi idonei, non erat opus cautione. (a) Econtra Magiſtratus minores Tutores dabant negligentiùs, adeóque ſine inquiſitione: quapropter fuit illis injunctum, ut exigerent à Tutoribus ſatiſdationem. Teſtamentarius ordinariè ſatiſdare non tenetur; quia illius fides jam eſt à teſtatore approbata. *d. princ. Inſt. h.* Dixi *ordinariè:* Limitatur enim ex *l. 8. ff. de confirm. tut* I. ſi Pater poſt denominationem notabili adhuc tempore vixerit, & interim Tutor facultatibûs lapſus, vel II. morum ante celata, vel ignorata emerſerit Tutoris improbitas, aut III. inimicitiæ cum patre exarſerint; utilitatem namque pupillorum, non ſcripturam teſtamenti Prætor ſequi debet *l. 18. ff. d. t.* vel denique IV. Si plures in teſtamento dati ſint, & unus, vel alter ex illis timens, ne

Segniùs expediant commiſſa negotia plures;

cùm naturale ſit vitium negligi, quod communiter poſſidemus *l. 2. C. quand. & quib. quart. pars.* juncta *l. 3. §. 6. ff. de admin. & per. tut.* ſolus

(a) Curiæ quippe majores in iis, ubi cauſæ cognitione opus eſt, multò diligentiùs & ſeverius procedere ſolent, quàm Judices inferiores; quanto enim major eſt dignitas, tanto major eſt ſollicitudo illam conſervandi, & ampliandi. Egregiè in hanc rem Hub. *ff. de tut. & curat. dat. n. 4.* Hic ulteriùs notandum, quod ubi majores Magiſtratus dabant ſine cauſæ inquiſitione, ut ſi pater tutorem dederit, ſed non debito modo *l. 1. §. 2. ff. de confir. tut.* ibi ceſſaverit in Minoribus neceſſitas exigendi ſatiſdationem *l. 3. ff. d. t.* quia iſta in locum inquiſitionis injuncta fuit. vid. Bachov. *ad §. 3. de tut. n. 3.* & ubi adeſt inquiſitio, ceſſat ſatisdatio *arg. l. 2. ff eod.* Illud fortè non capies, quòd Prætor ſatiſdationem exigat *in pr. Inſt. h. & §. 3. de Attil. tut.* & quidem coram ſe ipſo *l. 2. infr. l. 3. ff rem pupill. ſalv. for.* cùm tamen Prætores dederint cum inquiſitione *pr. & §. fin. h.* Latè deſuper Bachov. tum *h. in pr. tum ad §. 2. de Attil. tut. n. ult.* Nos putamus, Prætorem impoſuiſſe Magiſtratibus minoribus, ut ſatiſdationem exigant *arg. l. 5. ff. de conf. tut.* Sed, inquis, coram ſe ipſo, adeoque etiam cùm ipſe dedit. Sit, etiam hoc quandoque, dum ſemper dediſſe cum cauſæ inquiſitione, non conſtet: Vel Prætor *in d. l. 2. & 3.* paulò latiùs pro Magiſtratu etiam inferiori ſumi: Vel *in d. l. 2. & 3.* fuit caſus ſpecialis, ubi ſervus publicus pro pupillo ſtipulari debebat, uti innuit ipſe textus in *d. l. 3. in fin.* Conſtat inſuper, hanc cautionem quandoque coram Prætore quandoque coram judice fuiſſe præſtitam. *§. fin. de diviſ. ſtipul.*

Digitized by Google

velit tutelam gerere, vel ab ea omninò liberari: hoc namque caſu debet talis offerre aliis ſatisdationem, & petere, ut vel ipſi ſatiſdent, & gerant, vel ſatisdationem ab ipſo offerente accipiant. Quòd ſi nemo eorum ſatisdationem offerat, ille geret, quem teſtator nominavit, & ſi nullus fuerit nominatus, ille tutelam adminiſtrabit, quem major pars elegerit: ſi verò in eligendo non conveniant, Prætor partes ſuas interponat *§. 1. h. t. Hub. h. n. 2.* interim tamen non ſemper, qui ſatisdat, præferendus eſt: quid enim, ſi ſit perſona ſuſpecta, vel turpis, cui tutela, etiam accedente ſatisdatione, committi non debet? nec etiam, qui non ſatisdat, dum aliàs probatæ vitæ, ac fidei eſſe noſcitur, ſtatim, & temerè repellendus eſt. Ad rem facit *l. 17. pr. & §. 1. ff. de teſtam. tut.* Cæterùm qui ſe offert, tenetur de culpa leviſſima, ùt advertit *Huber. h. n. 2.* ob clarum textum in *l. 53. §. 3. ff. de furt.* Jure noviſſimo omnes Tutores, ac Curatores, ſi non ſatisdare (hoc eſt datis fidejuſſoribus) ſaltem ſimpliciter cavere debent. *Reform. polit. de anno 1548. & de anno 1577. tit. 32.* quamvis praxis in multis locis à ſaluberrima hac conſtitutione receſſerit, uti teſtatur *Hopp. Uſ. Hod. ad princ. h. t.* tum quia dari non ſolent, niſi qui poſſident bona immobilia, quæ ſunt tacito pignore affecta; tum quia dantur ex prævia inquiſitione, quæ aliunde à ſatisdatione immunem facit. Limitat *cit. Author*, & ſatisdationem adhuc in praxi vigere, ait in *Uſ. Hod. ad §. 1. h.* caſu, quo unus ex pluribus in teſtamento ſe offerat, & velit ſolus adminiſtrare.

3 Indemnitas promittitur pupillo, ſi præſens ſit, & fari poſſit. Si non, olim præſtabatur cautio ejus ſervo, ita, ut ſi non haberet, debuerit illi ſervus emi. Ratio eſt: quia nemo alii, quam ſibi, vel ei, cujus juri ſubjectus eſt, ſtipulari poteſt. *§. 4. de inutil. ſtipul.* quòd ſi emptio non expedierit, fiebat ſatisdatio ſervo publico. *vid. l. 2. 3. & 6. ff. rem pup. ſalv. for.* ſervus publicus dicebatur, qui à civitate tabulis publicis erat præpoſitus, & ideo ſervus civitatis nuncupatus *l. ult. ff. quod cujusq. univ. nom.* aut denique Prætor (quod & hodie obtinebit) aliquem deſignat, cui caveatur *d. l. 3.* Idem dicendum proportionaliter de puberibus, prodigis, aut furioſis, quibus etiam cautio præſtari debet, *l. 4. §. ult. ff. d. t.*

4 Forma ſtat in modo, quo præſtatur. Præſtatur autem datis fidejuſſoribus; veluti patet tum ex definitione, tum ex *princ. Inſt. h. t.* ubi Imperator utitur verbô *ſatiſdent*, quo nomine importari fidejuſſorem, colligitur ex *l. 1. ff. qui ſatiſd. cog. Hopp. ad pr. h. t.* Ratio eſt: quia bona Tutoris, vel Curatoris aliunde ſunt pupillo tacitè hypothecata *l. 20. C. de admin. tut.* Accedit, quòd toties requirantur fidejuſſores, quoties obligatio eſt incerta, ut poſſit augeri, & valorem pignorum, quæ aliun-

Digitized by Google

aliunde vel perire, vel evinci facilè poſſent, excedere. Obligatio fidejuſſoris econtrà augetur hic, ſicut obligatio principalis. *arg. l. 10. ff. rem pupill. ſalv. for.*

Si opponatur, quòd plus cautionis ſit in re (id eſt pignore) quàm in perſona *l. 25. ff. de R. J.* Diſtingue, *quàm in perſona debitoris*, concede, *quàm in perſona fidejuſſoris*, nega. Senſus eſt, quòd meliùs ſit habere pignora, quàm debitorem ſimpliciter, & nudè obligatum: non item, quòd meliùs ſit habere pignora, quàm fidejuſſores: quia horum obligatio non tam facilè (uti pignora) perire poteſt: cùm utique relinquant hæredes, ad quos obligatio tranſit *§. 2. Inſtit. de fidejuſſ. Vinn. ad princ. b. t.* vel fortè meliùs reſpondebis, ſecurius eſſe, habere actionem realem, quàm perſonalem: quia, qui actionem realem habet, ipſam rem habere videtur *l. 15. ff. de R. J.* ſiquidem actio realis datur contra quemcunque rei poſſeſſorem; perſonalis verò tantùm contra debitorem ipſum, & ejus hæredes, non ultra. Vel denique dicas, plus eſſe cautionis in re, ſeu pignore, quàm fidejuſſore, ſi obligatio verſetur circa rem certam, & creditor pignus poſſideat: quo caſu haud dubiè creditor breviori via ſuum conſequi poterit pignus vel diſtrahendô, vel retinendô, quàm agendo contra fidejuſſores. Cæterùm non eſt, quòd hic diu immoremur, cùm moribùs hodiernîs, ùt ſuprà monitum, iſte fidejuſſorum dandorum rigor non ampliùs obſervari ſoleat.

Effectus ſatisdationis hujus eſt vel proximus, vel remotus. Proximus eſt obligatio tum Tutoris (aut curatoris) tum fidejuſſoris. Tutor obligatur ad ritè adminiſtrandum bona pupilli, & ad damna dolô, vel culpâ data reſarcienda *l. 11. ff. rem pupill. ſalv. for.* fidejuſſor autem ad ſervandum pupillum indemnem, ſi à Tutore, vel ejus hæredibus ſuum conſequi non poſſit. *arg. l. 9. in fin. & d. l. 11. ff. eod.* Ex hac obligatione naſcitur actio ex ſtipulatu (en effectum remotum ſatisdationis) perſonalis, qua pupillus experitur tum contra Tutorem, ejúſque hæredes, tum contra fidejuſſores, eorúmque hæredes, ùt ſervetur indemnis *l. 4. §. 2. ff. d. t.* Debet tamen jure noviſſimo (ſecùs olim *l. 1. C. de fidejuſſ. tut.*) priùs agere contra ipſum Tutorem, & hæredes, & poſtea demum ad id, quod ſibi deeſt, contra ipſum fidejuſſorem *arg. nov. 4. c. 1.* (diſſentit *Ludov. in Theſ. jur. tit. de fidejuſſ. num. ult.* (a) Et quidem primùm finitâ tutelâ *d. l. 4. §. 4. ff. eod.* per quod differt ab actione curatelæ, quæ §

(a) Ait ille, per regulam generalem *d. nov. 4. c. 1.* non tolli ſpecialem diſpoſitionem *in d. l. 1. C. de Fidej. tut.* Verùm quis ignorat, non fuiſſe quid ſpeciale in pupillo; ſed olim (ùt ſuo loco videbimus) omnibus creditoribus liberum convenire ſtatim, & omiſſo debitore principali, ipſum fidejuſſorem. *l. 5. l. 19. l. 23. C. de fidej.* Quæ facultas generaliter & indiſtinctè fuit ſublata *in d. nov. 4. c. 1.* cui maxima ſuffragatur æquitas, & ordo naturalis.

Digitized by Google

etiam competit durante officio *l. 1. §. 3. ff. de contr. tut. & util. act.* Inter plures Tutores conveniendus eſt priùs Tutor, qui geſſit. *l. fin. & tot. tit. C. de hæred. tut. & curat.* ſi omnes geſſerint pro indiviſo, tenentur quidem in ſolidum ſalvô tamen beneficiô diviſionis *l. 1. §. 10. & 11. ff. de tut. & rat. diſtr.* Idem dicendum, ſi tutela ab ipſis Tutoribus ſit diviſa: ſecùs ſi à teſtatore, vel Magiſtratu. vid. *Hub. ff. de admin. & per. tut. n. 10.*

Quid ſi plures fidejuſſores dati ſint? Reſpondetur poſſe pupillum contra unum in ſolidum agere ceſſante beneficio diviſionis, ita tamen, ut fidejuſſori convento debeant à pupillo cedi actiones, quas habet contra Tutores, & fidejuſſores. Aliter dicendum, ſi fidejuſſores inter ſe ratione regreſſus experiantur: hic enim ſalvum manet beneficium diviſionis. vid. *l. fin. ff. rem pup. ſalv. for.* Quòd ſi pupillus neque à Tutoribus onerariis, honorariis, aut notionalibus, vel eorum hæredibus, neque à fidejuſſoribus, aut eorum hæredibus indemnitatem conſequi valeat, recurrerre poteſt ad actionem ſubſidiariam in factum contra Magiſtratum, qui ſine inquiſitione dedit, neque exegit idoneam cautionem. vid. *§. 2. & 4. h. l. 1. §. 11. ff. de Magiſt. conv. & l. 4. C. d. t.* ſæpè citat. *Hopp. ad §. 2. h.* (a) debet autem Magiſtratus probare, cautionem fuiſſe idoneam *d. l. 1. §. 13.* quia eſt quid facti, quæ autem facti ſunt, ab aſſerente probari debent *arg. l. 10. C. de non num. pec.* vid. *Brunn. ad d. l. & §. num. 11.* Eſt hæc actio *Civilis* arg. *l. 5. C. d. t.* *Perſonalis*, utpote ex obligatione, æquitate naturali ſubnixa, emanans, *rei perſecutoria*, *ſtricti juris*, *perpetua*. An hodie detur, difficile eſt aſſerere, cùm plerumque dentur Tutores ex prævia inquiſitione, quæ tamen, ſi fuerit omiſſa, & exinde pupillo damnum emerſerit, neque hodie Magiſtratus erit ab hac actione ſecurus, *arg.* eorum, quæ habet *Hopp. h. ad §. 2. in fin.*

TITULUS XXV.

De Excuſationibus Tutorum vel Curatorum.

1 ALterum commune Tutoribus, & Curatoribus eſt Excuſatio: quæ eſt *allegatio juſtæ cauſæ, qua Tutor vel Curator onus Tutelæ, vel Curæ coram competente Judice deprecatur.* Alia

(a) Adeóque contra Magiſtratus minores, qui ſatisdationem debent exigere. Sed quid ſibi vult *§. fin. h. Neque Præſes provinciæ, neque quisquam alius, cui tutores DANDI JUS EST, HAC ACTIONE TENEBITUR.* Et *l. 1. §. 1 ff. de Magiſtr. conv.* Neque Prætor, neque quis alius, CUI TUTORES DANDI JUS EST, HAC ACTIONE TENEBITUS. Atqui Magiſtratus minores utique habent jus dandi tutores. Habent quidem, ſed tantùm limitatum, & à monitione Præſidum dependens *§. 4. de Attil. tut. l. 1. §. 6. de Magiſtr. conv.* Textus oppoſiti ſunt intelligendi de iis Magiſtratibus, qui habent jus plenum & illimitatum, ſeu independens.

Digitized by Google

Alia Propria, alia Impropria. *Propria* dicitur, quando ille ſe excuſat, qui aliàs poſſet, & deberet eſſe Tutor. *Impropria* eſt, quando, qui aliàs non poſſet eſſe Tutor, ſe excuſat; quales ſunt minorennes, milites, vid. *§. 13. & 14. h. t.*

Cauſa efficiens *remota* eſt Jus civile, quod Tutoribus, & Curatoribus facultatem ſeſe ex certis cauſis excuſandi indulſit. Proxima eſt ille, qui ſe excuſat. Poteſt autem ſe excuſare omnis Tutor (idem de Curatore) ſive ſit teſtamentarius, ſive legitimus, ſive dativus. *§. 16. Inſt. l. 13. pr. l. 16. ff. h. t.* Teſtamentarius tamen, ſi ſe excuſet, amittit id, quod ſibi in teſtamento intuitu tutelæ gerendæ relictum eſt *l. 32. ff. d. t.* ibi JCtus Paulus: *Non tamen ſemper exiſtimo, eum, qui onus tutelæ recuſavit, repellendum à legato, ſed ita demum, ſi legatum ei ideo adſcriptum appareat, quòd eidem tutelam filiorum injunxit, non quòd alioquin daturus eſſet etiam ſine tutela.* Puta, ſi in teſtamento legatum dederit, in Codicillis autem poſtea factis tutelam impoſuit: hic utique legatum non cenſetur intuitu tutelæ relictum. *d. l. 32.*

Forma ſita eſt in requiſitis. Requiritur autem I. ut excuſatio proponatur coram competente Judice: ubi 2

Graviter controvertitur, num Tutor, vel Curator ſtatim ab ipſa delatione tutelæ, ſeu nominatione poſſit appellare, num verò teneatur priùs ſuas cauſas excuſationis coram judice denominante allegare, & primùm, ſi fuerint repulſæ, ad Judicem ſuperiorem per viam appellationis recurrere?

Pro ſententia, quòd liceat ſtatim appellare, quam defendit cum aliis, quos citat *Clariſſ. D.D. Franz p. m. h. t. n. 24.* militant rationes non contemnendæ, quas duobùs argumentis conſtringimus. *Primò:* quia in variis Juris *tt.* nominatim in *l. 60. §. fin. ff. de R. N. l. 4. ff. h. t.* ſupponitur, Tutorem ab ipſa creatione, ſeu nominatione provocâſſe: Neque evadis, ſi dicas, provocâſſe quidem, ſed causâ allegatâ, & à Judice per ſententiam rejectâ. Nam imprimis nullibi dicitur, quòd Tutor à ſententia provocaverit, ſed ab ipſa denominatione, ſeu creatione. Deinde hanc interpretationem reſpuunt *l. 28. ff. de tut. & cur. dat.* ubi Tutor appellavit allegatâ ſimul appellationis, & excuſationis causâ; conſequenter ſignum eſt, quòd antea cauſam non allegaverit, & *l. 39. §. 6. ff. de adm. & per. tut.* ubi dicitur, *tutorem adverſus NB. ipſam creationem provocâſſe. Secundò:* quia Tutoribus, & Curatoribus tantùm eſt remiſſa neceſſitas appellandi *l. 13. pr. ff. h.* ibi: *ſcire oportet, quoniam neque dati Tutores, neque teſtamentarii provocare NB. neceſſe habent. l. 18. C. d. t.* ibi: *Tutores nominatos appellationem interponere NB. neceſſe non habere certiſſimi juris eſt.* Siquidem olim ad munera civilia vocatus debe-

bebat ſtatim appellare, neque poterat cauſas excuſationis coram Judice denominante proponere *l. 1. §. 2. ff. quand. appell. l. 4. 7. & 11. C. de appell.* Jam hæc neceſſitas fuit à D. Marco in favorem Tutorum (qui cùm abſentes dari conſueverint, fatalia appellandi, quæ ad triduum reſtricta erant, facili modô incurrere poterant) remiſſa: quibus autem tantùm eſt ſublata neceſſitas, non utique eſt ſublata potentia, ſeu licentia, ùt de ſe clarum eſt.

Verùm præponderant meô judiciô fundamenta opinionis contrariæ; cui poſt alios patrocinantur *Vinn. Hopp. ad §. 16. b.* quod oſtenditur I. per clarum textum *in l. 13. pr. ff. d. t.* ubi JCtus Modeſtinus, poſtquam advertit, quòd neque Tutoribus teſtamentariis, neque dativis neceſſum fuerit appellare, idque etiam ad Curatores extendit, his formalibus pergit: *adverſus denique SENTENTIAS AUFERENTES eis excuſationem LICENTIAM habebunt appellandi.* En! quòd primùm contra ſententias, quæ Tutoribus auferunt excuſationem, detur *licentia* appellandi; conſequenter vanè ſibi blandiuntur patroni ſententiæ contrariæ, tantùm ſublatam eſſe neceſſitatem, dum clarè licentia primùm indulgetur appellandi contra ſententiam, quæ auffert excuſationem. Oſtenditur II. texto non minùs evidenti in *l. 1. §. 1. ff. quand. appell.* ibi: *ſi quis Tutor datus fuerit, vel teſtamentô, vel à quo alio, qui jus dandi habet, non oportet eum provocare; hoc enim D. Marcus effecit; ſed intra tempora præſtituta excuſationem allegandam habet: NB. & ſi fuerit repulſa, tunc demum appellare debebit. Cæterùm antè fruſtra appellatur.* Reſpondent quidem, ſenſum genuinum eſſe, quòd, ſi velit (neceſſitas enim ſublata eſt) poſſit Tutor appellare; ſi tamen vult cauſas excuſationis coram Judice denominante allegare, debeat hoc intra 50. dies facere: & ſi ante allegatas cauſas appellet, *fruſtra* eum appellare, ſcilicet ratione effectûs: quatenùs non plus conſequitur appellandô, quàm cauſas coram Judice tutelam deferente proponendo: non autem abſolutè eum fruſtra appellare. Sed vix eſt, ut verba illa *adverſus denique ſententias licentiam habebunt &c. & ſi fuerit repulſa, tunc demum &c.* hanc interpretationem admittant. Accedit, quòd, ſi appellando, juxta datam explicationem, non plus conſequitur, quàm allegando cauſas, non videatur eſſe permittenda appellatio, utpote remedium extraordinarium, ſed potiùs injungendum Tutori, ut ſervet modum procedendi ordinarium.

Neque paveſcimus rationes contrarias; dum textus non reſpuunt datam interpretationem, quòd Tutor ab ipſa creatione provocaverit, allegatâ nimirùm causâ excuſationis, eáque repulsâ, quam nullatenus enervant, vel *d. l. 28. ff. de tut. & cur. dat.* cùm utique non implicet (imò ordinariè fieri ſoleat) cauſam excuſationis coram Judice deferente alle-

ga-

Digitized by Google

gatam in appellatorio repetere : Vel etiam *d. l. 39. §. 6. de adminiſt. tut.* quia rurſus ſubintelligi poteſt, quòd adverſus ipſam creationem provocaverit, allegatâ priùs excuſationis causâ. Deinde tantùm dicit, quòd provocaverit, non item, quòd benè provocaverit.

Si urgeas, quòd in *d. l. 13. pr. ff. b. t.* dicatur, *neceſsè non babere*, ut appellent : pariter non ignorabis, ſæpè neceſsè non habere, idem eſſe, ac non poſſe : ceu conſtat *ex d. l. 13. §. 1. 2. & 21. b. l. 24. ff. de captiv. & poſtlim. reverſ.* in qua poſteriori habetur, captis à latronibus, non eſſe neceſſarium jus poſtliminii, cùm tamen nec poſſint, quàm maximè vellent, illo uti.

Si quæras, cur igitur ab aliis muneribus publicis poſſit, imò debeat ſtatim à delatione fieri provocatio ? Reſpondemus cum *Hopp. d. l.* non deeſſe rationem diverſitatis : etenim in delatione aliorum munerum v. g. Decurionatûs, Senatûs, multùm intererat illorum, qui hæc munera deferebant, qualem haberent Collegam ; quapropter, ſi apud ipſos fuiſſet allegata cauſa excuſationis, exſtitiſſent Judices in propria cauſa : quod periculum in excuſatione tutelæ non erat metuendum. (a)

Requiritur II. ut excuſatio proponatur debito tempore, & quidem 3
ſi datus ſit intra centeſimum lapidem (id eſt intra centum milliaria Italica, quæ lapidibus diſtinguebantur) intra 50. dies continuos, qui ſcilicet, nullâ habitâ ratione feriarum, currunt, à die ſcientiæ tamen numerandos, excuſatio fieri debet *§. 16. b. l. 13. §. 1. 2. & 9. ff. eod.* ſi ultra tale ſpatium Tutor datus habitet, habet tot dies, qui requiruntur ad conficiendum iter, computatis pro quolibet die 20. milliaribus, & inſuper adhuc 30. dies, ita tamen, ut nunquam habeat minùs, quàm 50. dies. Excuſatio propoſita finiri debet intra 4. menſes vid. *l. 38. & 39. ff. b.* verùm cùm hodie non dentur in tanta diſtantia, quæſtio hæc de centeſimo lapide erit ſublata.

Requiritur III. ut allegetur juſta cauſa. Cauſæ verò ſunt variæ, 4
quas, ordine ipſius textûs ſervatô, recenſebimus.

Prima igitur cauſa eſt PLURALITAS LIBERORUM : ſi quis nimirum Romæ (id eſt Civis Romanus) habeat tres liberos, vel in Italia (intellige civem extra urbem Romam) quatuor, aut in provinciis extra Italiam quinque, à tutela excuſatur, *princ. Inſtit. b.* Debent tamen I.

(a) Hinc ſi urgeant, fuiſſe neceſſitatem ſublatam in favorem tutorum, ne tenerentur infra breviſſimum ſpatium (bidui nempe, *l. 1. §. 5. ff. quand. appell.*) appellare, vel diuturnum onus tutelæ ſubire, conſequenter, ſi volent, poterunt favori ſuo renunciare ; Negandum eſt aſſertum. Sed ideo principaliter fuit ſublata tum neceſſitas, tum potentia, quia in tutela ceſſabat ratio militans in aliis muneribus publicis & movens ad hanc neceſſitatem appellandi, quæ aliunde à jure exorbitabat ; adeóque facilius potuit auferri, & ita præſcribi, ut ſervetur in appellando legitimus ordo.

eſſe *nati*, non poſthumi *l. 2. §. 6. ff. d. t.* II. adhuc *ſuperſtites*: defuncti, niſi in acie, non proſunt *d. pr. & d. l. 2. §. 4.* An Captivi proſint? Non proſunt: quia habentur pro mortuis, *l. 2. C. de his, qui num. lib.* Imò ais: non habentur pro mortuis, hoc ipſo, quòd gaudeant jure poſtliminii, vel beneficiô leg. Corneliæ. Reſpondetur, jus poſtliminii, vel beneficium leg. Cornel. tantùm reſpicere favorem ipſius captivi, non patris. III. *Naturales* (non adoptivi) & legitimi ſimul *d. pr. & d. l. 2. §. 3. h. t.* Nepotes etiam proſunt, ſi ſint ex diverſis filiis (non filiabus, quia proſunt ſuo patri vel Avo paterno) quatenus omnes ex uno filio tantùm patrem, adeóque unum repræſentant *d. l. 2. §. 7.* Cur autem pluralitas liberorum hoc & aliîs privilegiis fuerit donata, eſt ideo, ut Romani abſtinerent à laſcivis amoribus, & ad nuptias contrahendas allicerentur vid. *Heinec. antiquit. Rom. h. n. 1. & ſeqq.* (a) Quot liberi moribûs hodiernîs ſufficiant, diſcendum erit ex varia locorum praxi, ſeu obſervantia, quæ non ubique, uti videre eſt apud *Hopp. h.* eſt uniformis. Concludit nihilominùs *Stryck. V. M. P. h. t. §. 2.* tot liberos hodie excuſationem præſtare, quot olim, niſi ſtatuta locorum ſint contraria. Idque deſumit ex *l. 17. ff. de ſtatu hom.*

Secunda cauſa eſt ADMINISTRATIO REI FISCALIS *§. 1. h.* ſi quis igitur adminiſtret res fiſcales, vel etiam patrimoniales à tùtela durante adminiſtratione delata (non item ab ea, quam jam habet) excuſatur *l. 22. §. 1. l. 41. pr. ff. h. t.* Huc ſpectant hodiernis moribûs Rennt-Cammer-Meiſter, Steur-Einnehmer, Caſſier, und dergleichen. *Hopp. ad §. 1. h.*

5 An etiam excuſentur conductores rei fiſcalis? Non huc ſpectant quia ſponte hoc onus ſuſcipiunt *arg. l. 15. §. 15. ff. h.*

Non obſtat, quòd conductores fundorum patrimonialium à tutela excuſentur: nam, cùm hi ejusmodi fundos in perpetuum haberent, jure ſcilicet coloniæ, non erant prætextu tutelæ ab agricultura avocandi. *Hopp. ibid.* Ratio non eſt hypotheca, quam fiſcus habet in bonis adminiſtratoris, ùt multis videtur: aliàs enim neque poſſet eſſe; ſed eſt privilegium adminiſtrationis: hinc dicuntur *excuſari* in *§. 1. h.* (b) *vacationem* habere in *l. 10. C. eod.* Ter-

(a) Jungatur *l. 1. C. qui num. liberor.* quo etiam facit argumentum deſumptum *ex l. 37. ff. de oper. libert.* Hinc apparet, rationem immunitatis non fuiſſe onus educationis, aliàs emancipati non prodeſſent, ſed privilegium fœcunditatis *l. 26. §. 1. ff. h. t. juncta l. 7. §. 3. ff. de bon. damn.* Num filiæ proſint? Non dubitandum, cùm pariendo Rempublicam augeant. vid. *l. 2. §. 7. ff. h. l. fin. C. qui num. lib.*

(b) Cur *in hoc §.* habetur: *Divus Marcus IN SEMESTRIBUS reſcripſit*, quorum mentio etiam fit *in l. 46. ff. de pact. & in l. 12. ff. de A. v. O. H.*? Id eſt libri ſex menſibus ſcripti; Sex quippe menſes æſtivi bellis gerendis erant apud Impp. deſtinati; Sex verò hyberni conventibus inſtituendis, & juri dicundo erant præſcripti. *Brunnq. Hiſt. Jur. part. 1. c. 12. §. 29.*

Tertia cauſa eſt ABSENTIA REIPUBLICÆ CAUSA *§. 2. d. t.* qui igitur ad obeunda munera, ſeu negotia publica à Republica miſſi ſunt, à tutela nova, non tantùm durante abſentia, ſed ea etiam ceſſante, per annum adhuc excuſantur; quò ſpectant hodie Legati, eorum comites ex neceſſitate tales, adeóque non illi, qui ex libera voluntate comitantur. *l. 41. §. 2. ff. h. t.* Dictum fuit à *nova*: illam enim, quam habent, retinent, & ſtatim, dum redeunt, adminiſtrationem reaſſumunt: durante autem abſentia, datur curator *d. §. 2. h.* niſi fortè reditus ante pubertatem ſperari non poſſit: quo caſu Tutor aſius dandus. Ita capienda *l. 12. ff. de tut.* revideantur dicta de *Attil. tut. n. 3.* Huc non ſunt reducendi, qui pro civitate, vel municipio legatione funguntur, quia non abſunt auctoritate, vel causâ Reipublicæ *l. 26. §. 9. ff. ex quib. cauſ. maj. arg. l. 10. pr. ff. & l. 15. §. 7. ff. h.* Limitandum hoc de Legatis Civitatum Imperii immediatarum *arg.* eorum, quæ tradit *Magnif. P. Schmier. Jurisp. publ. Rom. Germ. tom. 2. lib. 1. c. 4. ſect. 4. §. 1. per tot.* gaudent enim ſuperioritate territoriali, uti conſtat ex *Inſt. pac. Weſt. art. 8. §. 4.* & probat *laud. Magnif. d. tom. 2. l. 3. ſect. 2. §. 1. n. 11.*

Quarta cauſa eſt POTESTAS non quælibet, ſed Magiſtratuum Majorum, qui imperiô pollebant. *arg. l. 17. §. 4. ff. h. t.* Quorum nomine etiam veniebant Magiſtratus municipales *l. 6. §. 16. ff. eod.* quamvis enim reſpectu Magiſtratuum Romanorum fuerint minores, erant tamen majores reſpectu aliorum in oppidis inferiorum. Accedit, quòd diſtinctio Magiſtratuum majorum, & minorum tantùm obtinuerit in Magiſtratibus Romanis, ùt tradit *Hub. h. n. 4.* (a) Hodie, teſtante *Stryck. cit. Uſ. M. h. §. 3.* omnes Magiſtratus hac immunitate fruuntur.

Quinta cauſa eſt LIS CUM PUPILLO, vel adulto circa omnia bona *§. 4. h.* Hodie qualiscunque lis ad excuſationem ſufficere videtur *Hopp. ad d. §. 4.* ne hoſtis pro curatore detur *nov. 72. c. 3. in fin.*

Sexta cauſa eſt PLURALITAS TUTELARUM: tria enim onera tutelæ, vel curatelæ non affectatæ, & diverſi patrimonii à quarta im-

(a) Obſtat *l. 23. ff. h. Propter Magiſtratum* (inquit JC.) *quem in municipio quis erat adminiſtraturus, tutelæ excuſationem non habere reſpondi.* Loquitur de eo, qui nondum erat Magiſtratus in verbo *adminiſtraturus.* Vel intellige, ſi alius deficiat. Obſtare videntur etiam *l. 3. ff. qui pet. tut. vel curat. & l. 19. §. un. ff. de tut. & curat. dat.* At intelligendi ſunt, ſi ſponte velit ſuſcipere.

Num poteſtas ædilitia excuſet? Negatur *in l. 17. §. 4. ff. h. t.* quia eſto fuerint Prætores, nihilominus non erant propriè Magiſtratus Majores, cùm potuerint in jus vocari, teſte Gell. *noct. att. lib. 13. c. 13.* Nec habuerit imperium majus, cùm non lictoribus, & viatoribus, ſed juxta cit. Gell. ibid. tantùm ſervis publicis ſtipari inceſſerint. Addat Hub. *Digr. lib. 3. c. 22. n. ult.* Diſſentit Voet *ff. h. n. 8.* Textum contrarium intelligit, ſi ſponte velint ſuſcipere. Interim tamen ſi volunt, poſſunt ſe excuſare.

Digitized by Google

munem reddunt. *§. 5. h. l. 2. §. fin. ff. d. t.* durum enim foret negotiis alienis planè immergi, vel obrui. Remittitur tamen arbitrio Judicis: ſiquidem uti quandoque tres non ſufficiunt, ſi ſint exigui patrimonii *d. l. 15. §. 15.* ita etiam una excuſabit, ſi diffuſa ſit, vel pluribus incommodis obnoxia, ut pluribus æquivaleat *l. 31. in fin. pr. ff. h. t.* Ex quibus colliges, non poſſe excuſari Tutores honorarios *d. l. 15. §. 9. ff. h. t.* quia tutelas non adminiſtrant.

Dices, non eſt opus, ut Tutor adminiſtret veluti patet in patre, qui poteſt ſe excuſare ob tutelam filiorum, vel frater ob tutelam fratris ſub eadem poteſtate exiſtentis *l. 4. §. fin. l. 5. ff. d. t.* Reſpondetur hoc ideo eſſe: quia, eſto, paterfamilias non adminiſtret; ſuſtinet tamen immediatè totum periculum adminiſtrationis: hinc in effectu perinde eſt, ac ſi actu adminiſtret, dummodo filii ejus voluntate adminiſtrent *d. l. 5. in fin.*

Septima cauſa eſt PAUPERTAS, quæ tamen, cùm (uti divitiæ) ſit aliquod accidens, accidentia autem non præſumantur, ab allegante probanda eſt. *§. 6. Inſt.* & *l. 7. ff. d. t.* quænam autem debeat eſſe paupertas, remittitur prudentis Judicis arbitrio: Non enim proſpectum eſſet vel pupillo habere Tutorem adeo pauperem, ut tegreſſum invenire non poſſet, vel Tutori, qui potius de proprio victu deberet ſibi invigilare.

Octava cauſa eſt ADVERSA VALETUDO, ſi talis ſit, ut nec ſuis bonis, ſeu negotiis præ-aut intereſſe poſſit *§. 7. h.* & hæc non tantùm excuſationem præbet à tutela ſuſcipienda, ſed etiam à ſuſcepta vid. *l. 10. §. fin. l. 11.* & *12. ff. h.* Huc ſpectant Epileptici, paralytici, hydropici, phrenetici, podagrici, febricitantes, tabeſcentes, alióque morbô graviori, ac permanente detenti. *Clariſſ. D. D. Franz. p. m. h. n. 12.*

Nona cauſa eſt IMPERITIA LITERARUM, id eſt imperitia legendi, & ſcribendi, ſi conjuncta ſit cum aliqua ſtupiditate, ſeu inhabilitate ad negotia gerenda: ſola enim literarum imperitia non excuſat *l. 6. §. fin. ff. h.* Ita intellige *§. 8. Inſt. h.* textus ita ſonat: *Similiter eos, qui literas neſciunt, eſſe excuſandos, D. Pius reſcripſit: quamvis imperiti literarum poſſunt ad adminiſtrationem negotiorum ſufficere.* ubi particula *quamvis* non *extenſivè*, ſed *reſtrictivè*, ſeu *limitativè*, ut quaſi priora corrigantur, ſumenda eſt, ita, ut ſenſus ſit, qui literas neſciunt, à tutela excuſantur, quamvis nonnunquam & litteras neſcientes, ſi negotiis adminiſtrandis ſufficiant, non ſint excuſandi. Parilis ſenſus, ubi particula *quamvis* limitativè, quaſi pro *niſi* accipi debet, habetur ſpecialiter in *l. 7. §. 5. ad ff. exhib.*

Ve-

Digitized by Google

Verùm dices: quomodo talis rationes reddet? Poterit per alium reddere; ſi enim in adminiſtratione rerum Principis ſatis eſt, ac tutum, rationes per alios reddere, quid ni & in adminiſtratione rerum privatarum? Sunt verba *Hopp. ad h. §.*

Decima cauſa ſunt INIMICITIÆ. Hæ dupliciter veniunt conſiderandæ, videlicet, ſi anteceſſerint dationem tutelæ, & ſi ſuperveniant. Si anteceſſerint, non aliter Tutor excuſare ſe poterit, niſi probet, quòd datus ſit à teſtatore ex inimicitia, ſeu odio, vel rancore, ut negotiis magis implicetur: ſecùs enim præſumitur teſtator ei, quem Tutorem dedit, inimicitiam remittere, ſeque cum illo velle conciliare. Ita capias *§. 9. h.* ſi verò ſuperveniant, & ſint capitales, poterit ideo ſe ſimpliciter excuſare (vel omninò repelli *l. 3. §. 12. ff. de ſuſpect. tut.*) ut parcatur Tutori, ne ſiniſtram ſuſpicionem, & exinde orituram infamiam incurrat, & etiam conſulatur pupillo; cùm timendum ſit, ne Tutor patri inimicus, etiam pupillo ſit parùm amicus *l. 1. 2. & 3. ff. de lib. cauſ.* Ita intelligendus *§. 11. h. t.* ut nihil ſuperflui hi duo textus contineant, cùm primus de inimicitia ante dationem orta, ubi debet probari ex odio fuiſſe tutelam delatam, alter verò de inimicitia poſtea enata conceptus eſt: in qua ſufficit ſimpliciter probare, interveniſſe inimicitias inter patrem pupilli, & Tutorem: per inimicitias autem capitales non tantùm illæ hìc intelliguntur, quæ verſabantur circa vitam naturalem, vel civilem, ſed etiam circa famam, vel bona, dummodo graves fuerint. *vid. Hub. h. n. 9. Vinn. ad §. 11. eod.*

Undecima cauſa eſt MOTA CONTROVERSIA ſtatûs, ſi nimirum pater pupillorum Tutori controverſiam ſtatûs moverit, fortè arguendo illum ſervum, non ingenuum *§. 12. h.* vel hodie illegitimum, ſpurium &c.

Duodecima cauſa eſt ÆTAS, ſi nimirum Tutor datus ſeptuaginta annis ſit major *§. 13. h. t.* debet autem iſta ætas tempore, quo tutela defertur, jam eſſe completa. vid. *l. 2. pr. ff. h. t.* Ratio eſt tum reverentia ſenectutis *l. 5. ff. de jur. immunit.* tum quia ſenectus ipſa eſt morbus.

Nec obſtat *l. ult. C. de his, qui ætat. vel prof. ſe excuſ.* ubi dicuntur 55. anni ſufficere: nam vel eſt error typographi, quod videntur innuere verba poſteriora: *cùm itaque ſeptuagenariô majorem te eſſe profitearis.* Vel intelligenda eſt de iis muneribus, quæ magis indigent labore corporis, quàm animi; quò non ſpectat tutela, vel cura. Minor autem ætas non tam excuſat, quam impedit hodie à tutela ſuſcipienda *d. §. 13. h.*

Interrogas, à qua ergo tutela olim minorennis ætas excuſaverit? Non à teſtamentaria, vel legitima; quia interim dabatur alius. Non à dativa; quia minor à Magiſtratu non dabatur; conſequenter à nulla.

 Ita

Digitized by Google

Ita eſt, à nulla ratione ætatis, ſed ob alias cauſas minor Tutor denominatus poterat ſe excuſare *§. 13. h. Huber.* contra *Vinn. lib. 3. digreſſ. c. 24.*

Decima tertia eſt MILITIA, quæ rurſus non tam excuſat, quàm potiùs impedit, ne milites propter privata alterius negotia à ſignis ſuis, & per conſequentiam à defenſione Reipublicæ avocentur *l. 4. C. qui dar. tut. vel curat.* juncta *l. 31. ff. locat. cond.* quæ ratio, cùm ad honeſtè dimiſſos, & ſacramentô militari ſolutos applicari non poſſit, tutelam ſuſcipere, ſi velint, non prohibentur. Dixi: *ſi velint;* utrùm autem poſſint ſe, & quamdiu excuſare, docet diſtinctè *Modeſtinus in l. 8. ff. h. t. per tot.* Cæterum non eſt, cur noſtris militibus eadem privilegia, quæ olim dabant Romani, denegemus; cùm pugnet pro illis eadem ratio. *Hopp. ad d. §. 14.* vid. tamen *Stryck ad h. t. §. 6.*

Decima quarta cauſa eſt PROFESSIO ARTIUM LIBERALIUM. quâ excuſare ſe poſſunt Grammatici, ſcilicet profeſſores (quorum nomine non veniunt Abecedarii, ſeu Ludimagiſtri *arg. l. 1. §. 6. ff. de extraord. cognit.*) qui interpretandis Authoribus operam impendunt. Item *Rhetores, Medici. §. 15. Inſt. l. 6. §. 1. & 8. ff. h. t.* nec non *Philoſophi d. l. 6. §. 5.* licèt enim Philoſophi Profeſſorum numerô non ſint habendi; quia primùm profiteri eos oportet mercenariam operam ſpernere *l. 1. §. 4. ff. de extraord. cognit.* tamen ab hoc privilegio non debent excludi.

Sed quid de legum Doctoribus? Hi juxta *Modeſtinum in d. l. 6. §. 12.* hac immunitate non gaudent, niſi Romæ doceant. Ratio dari ſolet: quia legum periti commodiùs, & conſultiùs tutelam gerere ſciunt, quàm alii. Limitatur, ſi in conſilium Principis ſint aſſumpti *l. 30. ff. d. t.* vel jure noviori, ſi publicè doceant *l. 6. C. de prof. & Med.* in quacunque demum Univerſitate *arg. l. 17. ff. de ſtat. hom.* unde *Hopp. ad h. §. & Stryck. V. M. P. §. 4. d. t.* exiſtimant, omnes, qui publicè docent, excuſari. Excipe, niſi ſit tutela ab alio Collega delata. *arg. l. 8. ff. h. t.*

Decima quinta cauſa ſaltem reſpectiva eſt TUTELA PRIUS GESTA: qui enim tutelam alicujus geſſit, invitus ejus curator fieri non compellitur, eſto, teſtator expreſsè adjecerit, ſe eundem etiam curatorem dare. *§. 18. h. t.* Quod hodie adhuc (niſi obſtet ſtatutum contrarium) obſervari teſtatur *Hopp. ad pr. Inſt. quib. mod. tut. finit.* & ita in Camera ſæpe judicatum refert *Gail. 2. obſ. 96. n. 6.* ſufficit enim in paucis amico conſuluiſſe.

Decima ſexta cauſa rurſus ſaltem reſpectiva eſt MARITALIS POTESTAS, vi cujus Maritus excuſare ſe poteſt à cura ſuæ uxoris, ſi nimirum extra dotem, ac paraphernalia, bona (quæ vocantur Receptitia) poſſideat. *§. 19. h.* eſto, jam ſe immiſcuerit. Ratio eſſe poteſt: quia poteſtas maritalis denuo potiùs eſt cauſa prohibitiva quàm excuſativa,

Digitized by Google

l. 2. C. qui dar. tut. ſiquidem imperium maritale poſſet ratione adminiſtrationis uxori cedere in detrimentum.

Neque obſtat, quòd poſſit Maritus eſſe uxoris procurator *l. 21. C. de procur.* Nam diſparitas eſt, quòd procurator poſſit revocari *§. 9. Inſt. de mand.* non item curator: quippe qui ſine ſuſpicione non removetur *§. 6. h.* ſuſpicio autem inter conjuges, cum quibus verecundius agendum *arg. l. 2. l. 3. §. 2. ff. de A. R. A.* quantum fieri poteſt, evitanda. (a)

Effectus excuſationis legitimè inſtitutæ, ac probatæ eſt, quòd Tutor à tutela ſibi delata pronuncietur immunis: ſi verò eam non legitimè propoſuerit, ac probaverit, tenetur ad damnum pupillo exinde illatum reſarciendum: *Non enim videtur levis culpa* (ſunt verba Papiniani in *l. 39. §. 6. ff. de admin. & per. tut.*) *contra juris auctoritatem mandatum tutelæ officium detrectare.* 5

TITULUS XXVI.

De ſuſpectis Tutoribus, vel Curatoribus.

TErtium Tutoribus, & Curatoribus commune eſt poſtulatio ſuſpecti Tutoris, vel Curatoris; quæ eſt *actus, quo Tutor, vel Curator non ex fide adminiſtrans eo fine apud competentem Judicem defertur, ut à tutela, vel cura removeatur.* Ortum trahit hæc poſtulatio ex *l. 12. tabb. pr. Inſt. h.* 1

Poſtulare ſuſpectum Tutorem, vel Curatorem poteſt omnis de populo; cùm hoc judicium ſit quaſi publicum, ita, ut etiam mulieres (dummodo non ſint verecundiam egreſſæ) admittantur *§. 3. h. l. 1. §. 7. ff. d. t.*

An ipſi Impuberes ſuos Tutores? Negatur: quia nullum eſt eorum animi judicium. *§. 1. Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* Benè verò puberes ſuos curatores ex conſilio conſanguineorum *§. 4. h.*

Nec obſtat, quòd minor non habeat legitimam perſonam ſtandi in judicio *l. 2. C. qui leg. perſ. ſtand.* Nam hoc fallit, ſi ſuam, ſuorúmque injuriam perſequatur *l. 11. pr. ff. de accuſ.* Quòd ſi nemo accuſet, tenetur

(a) Interrogas, num hæ cauſæ recenſitæ etiam excuſent à tutela jam ſuſcepta? Aliquæ videlicet MUTATIO DOMICILII. vid. *l. 12. §. 1. ff. h.* LIS cum pupillo *§. 4. h. l. 20. & 21. ff. l. 21. C. eod.* Vel pro pupillo contra conjunctam Tutoris perſonam. *l. 23. C. d. t.* PAUPERTAS arg. *§. 6. h. & l. 7.* nec non *40. §. 1. ff. eod.* ADVERSA VALETUDO *§. 7. h. l. 40. pr. ff. d. t.* Probabiliùs SENECTUS *arg. §. 13. & l. 2. ff. eod.* Patriciatûs, Senatûsque DIGNITAS. vid. *l. 15. §. 2. 3. & 4. ff. d. t.* ABSENTIA uſque ad pubertatem duratura *l. 28. §. ult. l. 29. ff. eod.* Addat. Voet *ibid. n. 7.*

tur Magiſtratus, ſi emergat ſuſpicio malæ adminiſtrationis, ex officio inquirere, & ſi ſufficienter ſuſpectum inveniat, removere *l. 3. §. 4. ff. d. t.*

2 Accuſari ùt ſuſpectus poteſt, qui non ex fide adminiſtrat, ſive ſit teſtamentarius, ſive legitimus, ſive dativus *§. 2. h.* dummodò in legitimo Tutore parcatur famæ, id eſt, dummodò omittatur mentio fraudis, ſeu doli. Imò honeſtius erit ei adjungere curatorem, uti ſuadet *Modeſtinus in l. 9. ff. h.*

Neque dicas, Tutoris teſtamentarii fidem eſſe ab ipſo teſtatore approbatam *princ. Inſt. de ſatisd. tut.* Nam ſit hoc: nonne poteſt teſtator non noviſſe mores *arg. l. 8. ff. de confir. tut.* vel eos Tutor mutâſſe? *arg. l. 3. §. 3. ff. de admin. & per. tut.*

3 Forma ſtat in requiſitis. Requiritur autem I. ut accuſatio inſtituatur coram competente Judice. Erat autem Judex competens tantùm Magiſtratus major, vel ejus mandatarius, adeóque Romæ Prætores, in Provinciis Præſides, vel Legati proconſulis. *§. 1. Inſt. l. 1. §. 3. & 4. ff. h. t.* verùm uti hæc certa ſunt, ita in dubio adhuc verſatur.

Utrùm cognitio de ſuſpectis Tutoribus ſpectet ad jurisdictionem ordinariam, vel extraordinariam. Nos cum *Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. §. 5. n. 12.* reducimus ad ordinariam I. quia mandari poteſt. *l. 1. §. 4. ff. h. l. 4. ff. de off. ejus, cui mand. eſt jurisd.* quæ autem mandari poſſunt, ſunt jurisdictionis ordinariæ *l. 1. §. 1. ff. d. t.* II. quia nullibi legitur, cognitionem de ſuſpectis Tutoribus ſpeciali aliqua lege, vel SCto fuiſſe conceſſam, in quo tamen conſiſtit ipſa eſſentia jurisdictionis extraordinariæ.

Dices, ſpeciali lege deferri in *d. §. 1. h. d. l. 1. §. 3. ff. eod. l. 1. §. 11. ff. ad SC. Turpill.* Negatur illatum; aliud enim eſt ſpeciali lege deferri, & aliud ſpecialibus Magiſtratibus. Illud, non hoc (quod tantùm habetur in *citt. tt.*) indicat jurisdictionem extraordinariam.

Dices ulteriùs, ſufficere, quòd datio ſit jurisdictionis extraordinariæ, quod ipſi de *Attil. tut.* admiſimus; cùm eadem ſint principia deſtructionis, quæ conſtructionis. *arg. l. 35. ff. de R. J.* Reſpondetur illud principium eſſe valde fallibile: nam textus non dicit, quòd res *debeat* diſſolvi, quô modô eſt colligata: ſed quod ſecundùm naturam ſit, ut eô modô diſſolvatur, id eſt, quòd *poſſit* diſſolvi. Patet hoc ex pluribus inſtantiis. Una ex his ſufficiat de teſtamentis; ubi certè non eadem requiruntur ad revocationem, quæ ad confectionem, uti ſuô locô videbimus. Procedit igitur data regula, ſi utrinque ſit eadem ratio, quæ hic deficit; ſiquidem datio defertur ſpeciali lege nempe Attilia, nec non Julia, & Titia *princ. Inſt. de Attil. tut.* de remotione nullibi hoc habetur. At quidquid de hoc ſit, veluti hodie quilibet Magiſtratus ſive major, ſive minor poteſt Tutorem ſuſpectum removere, ita ejus cognitio certè re-

du-

Digitized by Google

ducenda eſt ad jurisdictionem ordinariam, utì teſtatur *Stryck. ad h. tit. §. 4.* Requiritur II. ut doceatur, vel ut appareat, quòd tutor, vel curator non ex fide adminiſtret, vel *adminiſtraturus ſit. §. 5. h.*

Neque obſtant verba Ulpiani in *l. 4. §. 4. ff. h.* ibi: *qui nihil geſſerunt, non poſſunt ſuſpecti poſtulari.* Textus enim intelligit de iis, qui nihil geſſerunt; quia non debebant gerere; quales ſunt tutores honorarii; ſecùs, ſi illi nihil geſſerint, qui debuiſſent gerere, vid. *l. 2. C. h. t.* Cenſetur autem in genere non ex fide adminiſtrare, qui negligenter, ſegniter, inertè, vel omnino dolosè adminiſtrat. *l. 3. §. 18. ff. h.* Quinam verò in ſpecie tam ſupinæ negligentiæ arguendus ſit, remittendum arbitrio Judicis, qui ex circumſtantiis concurrentibus de bona, vel mala adminiſtratione judicabit. Numerantur quædam ſuſpicionis cauſæ in *l. 3. §. 5. 12. 13. 16. & 17. ff. h.* nec non in *§. 9. 10. & 11. Inſtit. eod.* I. ſi tutor copiam ſui non faciat, ut pupillo alimenta decernantur. II. Si tutor per mendacium negaverit bona pupilli ad alimenta ſufficere, vel III. datâ pecuniâ tutelam redemerit &c. Interim tamen, ùt benè advertit *Hopp. h. ad §. 7.* minor ſuſpicio ſufficit ad removendum tutorem (putarem ſine infamia) quàm alios adminiſtratores. Ratio diverſitatis eſt; quia tutorum non tantùm intereſt, removeri à tutela, quæ gratuitè geri debet, quàm aliorum adminiſtratorum, qui ex remotione ſuis etiam privantur ſalariis, aliiſque commodis.

Effectus poſtulationis alius eſt, dum adhuc in judicio pendet, alius finitæ. Poſtulatione pendente interdicitur accuſato adminiſtratio *§. 7. h.* 4
& alius interim (curator) ſubſtituitur *l. 7. C. d. t.* finita, & probata legitimè accuſatione, vel apparente ex inquiſitione ſufficienti ſuſpicione malæ adminiſtrationis, tutor, vel curator removetur, eſto, fortè ſatisdare ſit paratus: *quia ſatisdatio malevolum tutoris animum non mutat* (ſententia eſt Triboniani in *§. fin. h.*) *ſed diutiùs graſſandi in re familiari facultatem præſtat.* Ingens ſeveritatis exemplum in tutorem doloſum, qui pupillum necavit, ſtatuit Galba, ùt narrat Suetonius in ejus vita, dum in crucem ſuſtolli juſſit, & cùm exclamaret, ſe eſſe civem, ei crucem dealbatam, & cæteris altiorem confici voluit. Dictum fuit ſuperiùs *removetur.* Et quidem quandoque cum infamia, ſi ob dolum ſit remotus *§. 6. h.* dummodo in ſententia facta ſit doli mentio *l. 4. §. 2. ff. eod.* ſi ob culpam, ſaltem levem, ſine infamia. *d. §. 6.*

Fitne infamis remotus ob culpam latam? Negant poſt alios, quos citat *Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. n. 20. Hopp. hic ad §. 6.* Eorum rationes ſunt I. quia odia ſunt reſtringenda *c. 16. de R. J. in 6.* & ſententia benignior præferenda *l. 56. ff. d. t.* II. quia in *§. 6.* generaliter aſſeritur, remotum ob culpam non fieri infamem: debere autem per culpam intelligi culpam la-

 tam,

Digitized by Google

tam, exinde conſtat, tum quia de levi nunquam fuit dubium, tum quia ob levem tutor non removetur *l. 7. §. 1. ff. b.* ſed tantùm ob ruſticitatem, inertiam, ſegnitiem, (quæ omnia important culpam latam) & his caſibûs ſine infamia. *l. 3. §. 18. l. 4. pr. ff. b.* Præſertim III. quia in toto jure nullibi invenitur culpam latam in cauſis famoſis, ùt eſt tutela, æquiparari dolo; cùm vita & fama pari paſſu ambulent.

Affirmat cum aliis *Huber. b. n. 6.* cui argumentîs *Cocc.* convictus, mutatâ ſententiâ accedit *Thomas. ibid.* Movet I. Regula generalis ex *l. 226. ff. de V. S.* ibi: *magna negligentia culpa eſt, magna culpa dolus eſt.* uti ex profeſſo ſolidiſſimè oſtendit *Præn. Clariſſ. ac Conſultiſſ. D. D. de Schlosgangl Pandectarum Profeſſor*, & *Coll. obſervandiſſ. Tr. Jurid. de dol. culp. & caſ. part. 1. c. 4. n. 41.* quæ regula etiam obtinet in delictis; ubi agitur de fama, puta, in utili actione furti, vid. *l. 1. §. 2. ff. ſi is, qui teſtam. liber.* & ubi tantùm dolus punitur *l. 1. §. 1. ff. ſi menſ. falſ. mod.* Movet II. quòd in ipſa cauſa infamiæ culpa lata æquiparetur dolo: equidem juris ignorantia plus, quàm culpa lata eſſe nequit, & nihilominus ad incurrendam infamiam ſufficit in *l. 11. §. fin. ff. de bis, qui not. inf.* plures caſus, ubi culpa ad incurrendam infamiam ſufficit, invenies in *l. 1. ff. d. t.* Movet III. quòd in depoſito, ubi dolus infamiâ punitur, culpa lata pro dolo habeatur in *l. 32. ff. depoſ.* quæ rationes jam dudum etiam noſtrum extorſerunt aſſenſum: non enim fruſtra in *l. 7. ff. ad L. Cor. de ſic.* à regula, quòd culpa lata æquiparetur dolo, excipitur cauſa criminalis capitalis, ibi: *nec in bac lege culpa pro dolo accipitur.* Item in *fin. ad bujus legis coërcitionem* (caſus latè cuſpoſus) *non pertinet:* ex his vix non ſuâ ſpontè ruunt rationes oppoſitæ: nam *Prima* obtinet quidem, ſed tantùm in dubio, & non contra textus luce meridiana clariores. *Secunda* nullatenus probat in *d. §. 6.* intelligi culpam latam, dum imprimis falsò ſupponit per *ruſticitatem*, *inertiam* tantùm indicari culpam latam; cùm tamen & levis inertia, ruſticitas dici poſſit, veluti colligitur ex iis, quæ habet *laud. mox Colendiſſ. D. Coll. ibid. c. 5. n. 50.* Gratìs inſuper dicitur ibi, debere intelligi culpam latam, de qua fuit dubium. Siquidem Juris Tyronibus non ſententiæ dubiæ, ſed ea, quæ plani ſunt juris, fuerunt propoſita. *arg. §. 2. de J. & J.* Jam autem tantùm de culpa levi, non lata, quæ nomine doli venit, certum erat, non ſufficere ad infamiam: neque ex *l. 7. §. 1. b. t.* probatur, quòd ob culpam levem non removeatur ſimpliciter; cùm non loquatur taxativè, ſed hoc ſolùm, quòd non removeatur cum infamia: quia tantùm lata negligentia propè fraudem accedit, ſeu dolo æquiparatur. *Tertia* refutatur ſufficienter per textus ad firmandam Affirmativam adductos: nec eſt, quòd Adverſarii nimium quantum illud extollant, quòd vita, & fama pari paſſu ambulent; cùm hoc probaret, quòd etiam remotus ob dolum non fieret infamis; cùm uti que non ſit reus vitæ.

IN-

Digitized by Google

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM
SEU
ELEMENTORUM D. JUSTINIANI
SACRATISSIMI PRINCIPIS
LIBER II.
TITULUS I.
De Rerum Diviſione, & acquirendo ipſarum Dominio.

SUperiori Libro de Jure perſonarum expoſuimus: Ratio methodica poſtulat, ùt modò tractetur de rebus, utpote de altero juris objecti Capite.

Res autem conſiderari poſſunt vel abſolutè, vel reſpectivè cum ordine ad jus, quod circa illas exercemus. Agendum itaque de Rebus tum abſolutè tum relatè conſideratis: poſtea de acquirendo Earum Dominio. Sit ergo

PARS I.
De Rebus abſolutè, & reſpectivè conſideratis earúmque Diviſione.

§. I.
De Rebus Divini Juris.

RES juridicè, uti hic veniunt, acceptæ ſunt entia in ordine ad acquiſitionem, vel diſpoſitionem humanam conſiderabilia. REI igitur 1
nomine hic deſignantur omnia, quæ ad uſum, ſeu abuſum hominum eſſe

poſſunt. Paucis: *omnia, quorum valor pecuniâ æſtimatur.* Ita *Illuſt. D. D. C ll. de Herz in abſolutiſſimo tract. de Beato Cive part. 1. c. 2. §. 1. num. 1.* adeóque neque ſunt excludendæ res ſacræ, vel religioſæ; cùm ex natura ſua, & materialiter conſideratæ æſtimationem non effugiant, ſed vel maximè patrimonium augeant, síntque ſub dominio, ut probant ea, quæ habet *Magnif. P. Schmier Jurispr. Can. Civ. Tom. 2. lib. 3. tr. 1. part. 2. c. 1. à n. 33.* poſſunt enim donari, vel aliàs in ordine ad uſus ſacros concedi.

Nec obſtat, quòd dicantur res nullius, & extra patrimonium: nam hoc tantum intelligitur per accidens, & in ordine ad uſus profanos. *Laud. Magnif. ibid. n. 19. 37. & ſeqq.*

2 Res ita acceptas dividit Imperator in *princ. Inſt. h.* in eas, quæ ſunt extra - & eas, quæ ſunt intra noſtrum patrimonium. Sed accuratior videtur diviſio Gaji *l. 1. pr. ff. de R. D. Summa rerum diviſio (ait) in duos articulos deducitur: nam aliæ ſunt Divini Juris, aliæ humani.*

RES DIVINI JURIS dicuntur, *quæ neque actu, neque potentiâ ſunt in commercio humano*, ſeu circa quarum uſum, vel proprietatem homines (quoad commercium humanum) nec habent jus aliquod, nec habere poſſunt. Súntque rurſus vel *verè*, vel *quaſi* tales. Verè tales ſunt res *Sacræ*, & *Religioſæ*. Quaſi tales res *Sanctæ*.

RES SACRÆ ſunt, quæ ritè per Pontifices (id eſt per Antiſtites Eccleſiaſticos) DEO ſunt conſecratæ, ſeu piis uſibus deſtinatæ, veluti ædes ſacræ, calices, aliæque res conſecratæ, ſeu benedictæ. Dixi per ANTISTITES ECCLESIASTICOS. *vid. c. 2. diſt. 1. de conſecrat.* Neque te offendant verba Ulpiani in *l. 9. §. 1. ff. de R. D. Sciendum eſt*, ait ille, *locum publicum tunc ſacrum fieri poſſe, cùm Princeps eum dedicavit, vel dedicandi dedit poteſtatem:* alius enim apud Romanos erat modus conſecrandi, poſtquam Auguſtus Pontificatum cum principatu junxit, uti ex Sueton. advertit memoratus *Cl. D. D. de Herz d. l. n. 4.* Aliter reſpondet *Hopp. ad §. 8. h. t.* (a) Modum dedicandi templa vide ſis apud *Hein Antiq. Rom. h. n. 2.* (b)

Circa has eſt regula, quòd non poſſint venire in contractus oneroſos, & pro re temporali ſine labe ſimoniæ permutari. *c. 7. & 8. cauſ. 1. q. 3.* Ex-

(a) Senſus eſt, quòd locus publicus tunc POSSIT fieri (non actu fiat) Sacer, ſi Princeps eum dedicavit, id eſt, deſtinavit, ſeu licentiam dedit, ut ad uſum pium (per Pontifices) conſecretur. *§. 8. h. l. 6. §. 3. ff. de R. D.* In loco igitur publico opus eſt conſenſu Principis, ſicut in privato ipſius Domini.

(b) Et iſta erant ſacra publica. Dabantur præterea & ſacra privata, quæ ſpectabant ad Deos Penates, Lares, ſeu, ùt vocabant Genios, ùt Aræ, feriæque domeſticæ. Et de his tantum participabant, qui erant de familia, ùt filii, uxor per confarreationem, ſeu ſolemniter ducta. Inde dicuntur adhuc liberi in ſacris paternis conſtituti in *l. ult. §. fin. C. de inoff. teſtam. junct. l. 9. §. 1. ff. ad L. Jul. pecul.* De his etiam verificatur illud ex Lege Decemvirali: SACRA PRIVATA PERPETUO MANENTO.

Digitized by Google

Excipitur caſus neceſſitatis, ſi nimirum Eccleſia ſit ære alieno gravata, & res aliæ non ſuppetant *can. 2. §. præterea. cauſ. 10. q. 2.* aut ſint redimendi captivi, vel ſubveniendum pauperibus, per textum commendandum in *can. 70. cauſ. 12. q. 2. l. 21. C. de SS. Eccl.* debent tamen, ſi alienentur ad uſus profanos, priùs infringi, vel ita deſtrui, ut forma conſecrationis ineſſe ampliùs non credatur. *cit. Magnif. d. l.* A rebus ſacris ſecernendæ ſunt res Eccleſiaſticæ, quæ nullatenus ſunt conſecratæ, ſeu benedictæ, ſed, utpote res temporales, ad ſuſtentationem Clericorum, aliorúmque Eccleſiæ Miniſtrorum deſtinatæ, ùt ſunt agri, vineæ, pecuniæ, aliæque res ſub dominio Eccleſiæ exiſtentes.

RES RELIGIOSÆ ſunt illa fundi portio, quæ per illationem corporis humani, ſeu cadaveris ſepulturæ causâ à domino, vel eo ſaltem conſentiente factam, piæ cuidam reverentiæ eſt dicata. *§. 9. h. l. 2. §. 3. & 5. ff. de relig. & ſumpt. fun.* Dixi I. *per illationem.* Nam ſola deſtinatio non facit locum religioſum; hinc cenotaphium, ſive inane ſepulchrum non eſſe locum religioſum, definivit contra Marcianum in *l. 6. §. fin. ff. de R. D.* ex DD. Fratribus Ulpianus *in l. ſeq. 7. ff. d. t.* Dixi II. Sepulturæ causâ, nec ſufficit illatio transeunter talis. *l. 39. & 40. ff. de relig. & ſumpt. fun.* Dixi III. *vel eo conſentiente.* 3

Quid ſi ratihabitio ſuperveniat? Reſpondetur, ſufficere *d. l. 6. §. 4. ff. eod.* quia ratihabitio mandato æquiparatur. *c. 10. de R. J. in 6.* Videtur huic textui in *d. l. 6. §. 4.* contrariari *cit. §. 9. h.* ubi inſerta eſt particula *non.* Sed etiam hæc benè ſe habet, ſi ponantur termini habiles. LEX ſupponit caſum, quo conſenſus poſt illationem ſupervenit: PARAGRAPHUS verò, quo conſenſus ad illationem anteceſſit; quod ſufficit, *licèt poſtea ratum non habeat:* quia quod ſemel placuit, ampliùs diſplicere non poteſt. *Vinn. ad d. §. 9. n. 4.*

Quid, ſi cadaver dividatur, & in pluribus locis ſepeliatur? Quia una ſepultura plura ſepulchra efficere non poteſt, ille locus eſt religioſus, ubi poſita eſt pars principalis, nimirum caput *l. 44. ff. de relig. & ſumpt. fun.* caput namque eſt imago, unde homo noſcitur. Pro locis religioſis habentur hodie, ſaltem apud nos Catholicos, cœmeteria, quæ, cùm ſint benedicta, ſpectant ad res ſacras. Si tamen quis (puta, homo non baptizatus, excommunicatus, hæreticus, vel ſuicida) qui in cœmeterio ſepeliri non poteſt, alibi ſepeliatur, erit illa fundi portio in ſenſu Juris civilis locus religioſus, ùt advertit *Schambog. h. ad §. 9.*

RES SANCTÆ ſunt illæ, quæ ſpeciali aliqua ſanctione (à qua derivantur) ſeu lege pœnali à violatione, & abuſu hominum ſunt immunes factæ. *§. 10. h. l. 8. §. 1. l. 9. §. 2. ff. de R. D.* Res igitur (idem de 4

 per-

Digitized by Google

perſonis) in quarum violatores ſpecialis pœna eſt ſtatuta, dicuntur *Sanctæ*. In harum cenſum poſt DEUM T. O. M. Beatiſſ. Virginem, omnésque Cœlites, qui non tantùm civiliter *nov. 77. C. un. §. 1. & 2.* ſed etiam theologicè Res ſanctæ ſunt *cit. Schamb. h. ad §. 10.* veniunt I. Muri, & Portæ civitatis, de quibus vid. *d. §. 10. h. & l. fin. ff. de R. D.* Addantur ea, quæ circa pœnam capitalem in harum violatores providè advertit ſæpè *laud. Clariſſ. D. Coll. de Herz d. l. n. 10.* II. Perſonæ Principum, Parentum, aliorúmque Superiorum, Magiſtratuum, Conſiliariorum, ac reliquorum Miniſtrorum, dum ſunt in officio. III. Ipſæ Leges, Fœdera. IV. Aſyla, ſeu loca refugii, domus propria, quæ tutiſſimum dicitur receptaculum in *l. 18. ff. de in jus voc.* Et eò magis Aula Principis tam reſpectu ſui, quàm etiam aliorum. Item Vigiliæ die Schild-Wacht. Plura unà cum textibus videri poſſunt apud *cit. Colend. D. Colleg. ibid. à n. 12. & apud Clariſſ. D.D. Franz ad h. tit. p. 1. §. 4. per tot.* (a)

§. II.

De Rebus humani Juris.

5 RES HUMANI JURIS ſunt, quæ vel actu, vel potentiâ ſunt in commercio humano, id eſt, circa quarum uſum, vel proprietatem homines jus aut habent, aut ſaltem habere poſſunt. Et harum aliæ ſunt *extra-* aliæ *intra* noſtrum (id eſt privatorum) *patrimonium princ. Inſtit. h.* eſſe autem in patrimonio (quod idem eſt, ac eſſe in bonis) omne illud dicitur, quod vel per actionem petere, ſi non poſſidemus, vel per exceptionem retinere, ſi jam poſſidemus, poſſumus; verbô: omnia, quæ nos *beant*, hoc eſt *beatos* faciunt. *l. 49. ff. de V. S.*

Huic diviſioni non officit, quòd dentur res, quæ neque ſunt intra neque extra bona, videlicet ſervitutes, ùt vult Paulus *in l. 1. ff. de uſufr. & uſufr. leg.* Nam quamvis verum ſit, ſervitutes non ita eſſe in bonis, ut poſſit earum uſusfructus legari; cùm non detur ſervitus ſervitutis, quæ eſt mens & ratio ipſius *JCti*, non tamen ſimpliciter ſunt extra bona, hoc ipſo, quòd uſusfructus in ejusmodi ſervitutibus conſtitutus ex æquitate ſuſtineatur, & detur legatario incerti actio. conſul. *Vinn. ad princ. Inſt. h. t.* Vel dicas, Paulum Stoicos fuiſſe ſecutum, qui res incorporales non propriè exiſtere, & in bonis eſſe, ſed tantùm intelligi, dicebant. vid. *Gerard. Nood lib. 2. prob. c. 3. Heinec. Antiq. Rom. ad tit. de reb. corpor. & incorpor.* Ex-

(a) Num res ſanctæ ſint extra commercium, cùm dicantur nullius in *§. 10. h.*? Generaliter hoc falſum eſt, uti patet de domo propria: paucis edicimus: Res ſanctæ tantùm juridicæ tales potiùs ad res profanas reducuntur; & hæ, vel ad communes, ſeu publicas, quò facit *l. 8. §. fin. l. 9. §. 4. ff. de R. D. l. 1. ff. ne quid in loc. ſacr.* vel ad privatas ſpectant, ùt domus propria.

Digitized by Google

Extra noſtrum patrimonium ſunt res Communes, Publicæ, & Univerſitatis.

RES COMMUNES dicuntur, quæ quoad proprietatem, ſeu dominium ad nullum (ſaltem in particulari) ſpectant; uſus tamen earum ad omnes pertinet, vel omnibus ita patet, ut, ſi aliàs utilis eſſe nequeat (uti patet in aqua ad levandam ſitim) poſſit pro parte occupari. Huc ſpectant Aër, Aqua profluens, Mare, & per hoc Litora maris. *§. 1. h.* per aquam profluentem intelligitur aqua in ſe, ùt aqua eſt, & ſpectat ad lavandum, hauriendum, bibendum; non aqua fluminis, quà talis, quæ, niſi ùt talis, non præbet uſum v. g. navigationis, piſcationis, vid. *Hopp. h. ad §. 1.* Eſt autem litus maris, quatenùs hybernus fluctus maximè excurrit *§. 3. eod.* quia in hyeme maximi ſunt maris æſtus: ejus autem uſus ita communis habetur; ſicut uſus ipſius maris, ut proin, veluti in mari cuilibet permiſſum eſt piſcari, moles jacere, & iis ſuperædificare, ut fiat ædificium inædificantis *l. 10. ff. de R. D.* ita cuilibet ſit liberum caſam in litore ponere, ut ſe recipiat, retia ſiccare *§. 5. d. t.* dummodo non fiat uſus litoris deterior *l. 3. §. 1. l. 4. ff. ne quid in loc. publ.*

Neque aliud vult Celſus in *l. 3. ff. d. t.* ibi: *Litora, in quæ populus Romanus imperium habet, populi Romani eſſe:* Nam intelligit quoad tutelam publici, & innoxii uſùs, non quoad patrimonium, ùt optimè hoc explicat Neratius in *l. 14. ff. de A. R. D.*

Dices: hic ipſe Neratius in *d. l. 14.* dicit, litora publica eſſe: atqui Reſpublicæ ſunt in patrimonio civitatis, ùt infrà dicetur. Non negamus, litora publica eſſe, ſed *juris gentium d. §. 5. h.* quod idem eſt, ac eſſe res communis.

De mare hactenus armìs, & calamis acriter diſputatum eſt, utrùm ita commune ſit, ut omne dominium reſpuat. Nos huic quæſtioni, cùm noſtram ſphæram excedat, non immorabimur.; ſed tantùm unum, vel alterum pro notitia terminorum ex ſæpiùs *alleg. Illuſtri D. Collega de Herz cit. tr. d. p. 1. c. 3. §. 2.* notabimus, & quidem I. non eſſe confundendum Dominium cum Imperio: nam iſtud in perſonas, illud in res eſt. *arg. l. 4 ff. de R. J.* Deinde imperans in Republica omnia *Imperiotenus* poſſidet: ſingula verò à privatis *dominio* tenentur: vi *dominii* poſſum alterum, prorſus nulla data ratione, ſed ex mèo libero arbitrio excludere: vi imperii non aliter, quàm ſi uſus ſit noxius, unde infert *cit. obſervandiſſ. Author ibid. n. 5.* Romanos nunquam dominium, ſed ſolummodo imperium maris (*Mediterranei*) ſibi vendicâſſe. uti *n. 6.* probat. II. Non ampliùs eſſe quæſtionem de mari extrinſeco (quod terminìs propriìs homini perſpectis caret, & appellatur Oceanus) ſed de interno, ſeu particulari, quod certis terminìs includitur,

v.g.

Digitized by Google

v. g. mare Mediterraneum *Clariſſ. Author ibi n. 11.* III. Dominium maris ideo potiſſimùm negari, tum, quia ob ſui magnitudinem omnibus quoad ſuos uſus, ſcilicet navigandi, piſcandi, aquam hauriendi ſufficit: tum, quia ob fluiditatem, & amplitudinem nequit occupari. Et IV. quamvis etiam terra tam vaſta ſit, & ampla, ut omnibus ſufficiat; non tamen ab ea ad mare fieri bonam illationem; quia non ſicut Terra, etiam Mare culturâ indiget: hinc opus fuiſſe diviſione; cùm aliàs promiſcuè ob innatum multis otium non coleretur; differre tamen V. occupationem Maris, & Aëris, ut rurſus inter hæc duo non detur omnimoda ſimilitudo: non enim ita nobis (hactenus) datum eſt verſari in aëre; ſicut in mari; ubi effectus dominii uſu navium magis elucent. VI. Triplicem eſſe maris uſum, *aquare*, ſeu aquam haurire, vel lavare, *navigare*, & *piſcari:* quoad primum certiùs eſſe, mare dominium non admittere; cùm uſus hic ita ſit inexhauribilis, ut non videatur ita occupari poſſe, ut alter excludatur, niſi ex mera invidia. Idem dicendum vult *Grotius* de navigatione (dummodo ſit innocua) cùm & hujus uſus ſit inexhauſtus: ut rurſus non ſit adæquata paritas inter tranſitum terræ (etiam inermem) & maris: tranſitus quippe terræ de ſe noxius eſt; via, ſeu iter maris ſemper idem, quotquot demum naves ventus impellat; non idem in terreſtri tranſitu: ſecùs VII. dicendum de uſu piſcationum; cùm faciliùs poſſit exhauriri, vel ſaltem deterior, & proximis Accolis, præſertim quoad certum genus piſcium, vel aliarum rerum, puta, margaritarum nocivus fieri. Idcirco nihil obſtare, quò minùs una gens mari proximior aliam jure præventionis excludere valeat. Denique VIII. eam eſſe dominii maritimi conditionem, ùt cum Bœclero prudentiſſimè concludit *cit. JCtiſſimus noſter num. 22.* quæ à cætero dominandi, imperandíque jure aliquid diverſum habet: in cæteris aliarum gentium non multùm intereſt, quomodò dominium, vel imperium in *Tua* exerceas, quomodo verò (utimur ferè verbis Authoris) maris imperiô utaris; hoc ad omnes Nationes pertinet, præſertim hodie, ubi totius orbis commercia navigationis beneficiô, veluti perpetua ſerie cohærent: unde durum videretur, quòd omnes nationes tangit, & angit, unius arbitrio debere ſubjacere. Verùm de hoc ſatis: plura diſce apud *prælaud. Virum Illuſtrem, alióſque ab eo citt.* Nos vocant

7 RES PUBLICÆ, *quarum proprietas ad Rempublicam pertinet; uſus tamen omnibus hominibus communis eſt.* Harum quatuor ſunt ſpecies, *flumina perennia, ripæ, portus, & via publica.*

Negat equidem *Nood ff. b. t. poſt initium,* res publicas differre à communibus, idque probat ex Marciano in *l. 2, ff. eod,* ubi ſic habet: *quædam*

dam naturali Jure communia ſunt omnium per quæ intelligit res communes, ſeu publicas) *quædam Univerſitatis*, *quædam nullius* (ùt puta, res ſacræ, ſanctæ, & religioſæ) *pleraque ſingulorum.* Inter communes autem, ſeu publicas recenſentur in *§. 1.* ejusdem *legis*, aër, aqua profluens, mare, & per hoc litora maris. Deinde in *l. 4. §. 1. ff. eod.* (quæ uno ſpiritu cum priori legenda; eſt quippe ex eodem *lib. inſtit.*) huc etiam refert *flumina penè omnia* (id eſt perennia ad mentem Ulpiani in *l. 1. §. 3. ff. de flum.*) & *portus.* vid. plures rationes ibid. Novæ huic opinioni maſculè ſeſe opponit *Hub. p. 2. digreſſ. lib. 2. c. 1.* diviſionem Triboniani *in princ. Inſtit. h.* ubi ſic habet: *quædam naturali jure communia ſunt omnium*, *quædam publica*, *quædam univerſitatis*, *quædam nullius*, *pleraque ſingulorum.* ſolidiſſimè defendens, ſequentíque ferè diſcurſu corroborans: ab initio, ubi reſpublicæ conſtitutæ fuerunt, duplici occupatione fuit opus, videlicet *per fundos*, quæ continet res privatorum, & *per univerſitatem*, quæ competiit rebus publicis, ita, ut aliæ res utrique ſubductæ communi occupationi ſupereſſent. Jam quis negabit, diſcrimen intercedere inter partes integrantes territorii, quas populus aliquis occupavit, & inter res ejusmodi, quæ ſtabilem, æquabilémque occupationem non recipiunt? prioris generis eſſe flumina, portus, montes, agróſque deſertos, poſterioris, aërem, aquam profluentem, mare, item feras beſtias, volucres, piſces, aliáque animalia, quæ cœlô, terrâ, marique continentur, manifeſtum eſt: Illa faciliùs occupari potuerunt, quàm iſta: illa Publica, iſta Communia nuncupantur: in illis Reſpublica dominium habet, non item in iſtis: quod diſcrimen optimè agnovit Neratius *in l. 14. ff. de A. R. D.*

Ut autem obvietur fundamentis Noodii, ac textibus ab eo citatis; notandum *ly publicum* dupliciter ſumi, in genere, & in ſpecie: in genere ſi ſumatur, convenit rebus communibus, & publicis: in ſpecie verò illis opponitur. Sufficiat unicum exemplum de adoptione, quæ, ſi ſumatur genericè, competit prædicatio tam adoptioni in ſpecie, quàm arrogationi, eſto, in ſpecie ſumpta huic opponatur. (a)

Sed quænam, ais, ex hac quæſtione utilitas, cùm juxta nos tam in rebus communibus, quàm publicis uſus omnibus etiam extraneis competat? Hæc, quòd in rebus publicis, cùm ſint ſub dominio univerſitatis, uſus (utpote non ita inexhauribilis, uti in re communi) à Republica poſſit prohiberi, non item in re comuni ob defectum dominii: Hinc fortè eſt, quòd moribûs hodiernis teſtante *Stryck. V. M. P. de R. D. §. 10. & ſeqq.* Regalibus adſcribantur *2. feud. 56.* Cæterùm non implicabit, eſſe rem ſub dominio, & nihilominus uſum omnibus compe-

 te-

(a) Plura videri poſſunt in noſtra *Diſp. Acad. ad Lib. 1. Pand. h. t. n. 7. & ſeqq.*

Digitized by Google

cere, uti patet de ripa, quæ privatorum dominio ſubeſt; uſus tamen communis eſt *d. §. 4. h.* Sunt & aliæ res publicæ, quæ propriè ſpectant ad patrimonium Reipublicæ, ſeu Fiſci, quarum uſus neque ad ſubditos, multò minùs ad extraneos pertinet; quò reducuntur æraria. *Hub. h. num. 6. vid. l. 15. ff. de V. S.*

8 RES UNIVERSITATIS dicuntur illæ, quæ ſunt ſub illius dominio: uſus autem ad omnes ſpectat, qui ſunt de illa Univerſitate *§. 6. Inſt. h. t.* In harum cenſum veniunt Stadia, Theatra, Forum, Paſcua, & Balnea, publica Nemora, Piſcinæ, Fontes. In his cuilibet de Univerſitate patet acceſſus: loca enim publica utique privatorum uſibus deſerviunt, jure ſcilicet civitatis (ideo dicuntur publica jure civili) non quaſi propria cujuscunque; *Et tantùm juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet:* eſt reſponſum Ulpiani in *l. 2. §. 2. ff. ne quid in loc. pub.* Dantur etiam Res Univerſitatis, quæ verè ſunt in ejus patrimonio, neque uſum ſingulis præbent, ſed tantùm communitati quà tali collectivè ſumptæ *l. 2. §. 4. ff. d. t.* quò ſpectant fundi publici, vectigalia, ædificia ad habitandum deſtinata, Die Cammer-Güter, ex quibus percipiuntur reditus, & pro ſufferendis oneribus univerſitatis reſervantur, ac applicantur *Hopp. d. §. 6.* Per Univerſitatem tamen hic non tantùm intelligimus Rempublicam, ſeu integram provinciam, ſed omnia Municipia, Monaſteria, Capitula, Collegia Profeſſorum, Studioſorum, Mercatorum, ſeu opificum auctoritate publica erecta, & approbata *l. 1. pr. & §. 1. ff. quod cujusque univ. nom.* Ad conſtituendam univerſitatem ab initio tres requiruntur *l. 85. ff. de V. S.* in uno tamen conſervatur. *l. 7. §. 2. ff. quod cujusque univ. nom.*

Advertis ex hucusque dictis, quomodo res Communes, & Publicæ, nec non iſtæ cum rebus Univerſitatis inter ſe conveniant, & differant? Res nimirum communes, & Publicæ conveniunt in uſu, qui omnibus communis eſt; diſcrepant, quòd res communes ſub nullius ſint dominio, res autem publicæ ſpectent ad Univerſitatem: Res publicæ, & Univerſitatis econtra conveniunt, quòd ſint ſub dominio Univerſitatis; uſus autem rei publicæ omnibus; Univerſitatis verò tantùm illis, qui ſunt de Univerſitate, competat.

§. III.

De rebus reſpectivè conſideratis, ſeu de jure proprietatis, & ſpecialiter de Dominio.

9 PEr res reſpectivè conſideratas intelligimus res cum ordine ad jus, quod circa illas habemus, vocatúrque jus proprietatis, quaſi jus fa-

faciens id, quod habemus, proprium: & eſt duplex jus perſonarum, & jus rerum: de jure perſonarum (à quo oriuntur actiones præjudiciales) actum jam eſt in Libro primo.

JUS RERUM in genere definitur *à Magnif. P. Schmier cit. Juriſp. Can. Civ. lib. 3. tr. 2. c. 1. n. 17.* quòd ſit *libera facultas* (a) *aliquid agendi, vel habendi alios obligatos ad aliquod agendum, vel omittendum in ſuum, ac privatum commodum.* Dicitur: *libera*, ut diſtinguatur à jure pietatis; & reverentiæ, quæ, velut patet in Parentibus, remitti non poteſt, ſicut jus proprietatis. Dicitur: *agendi*, quæ particula indicat jus in re (de quo ſtatim) quod plerumque immediatè circa ipſam rem verſatur. Dicitur: *vel habendi alios obligatos &c.* ad indicandum jus ad rem; cùm non ſemper ipſa res immediatè ſit in noſtra poteſtate, ſed multoties tantùm perſona ad aliquid faciendum, vel omittendum obſtricta. Dicitur: *in ſuum ac privatum commodum*, ùt ſecernatur à poteſtatibus aliis tum publicis v. g. legislativa, tum privatis v. g. tutoria, curatoria, quarum prima reſpicit bonum publicum, poſterior bonum pupilli, vel minorennis, non ipſius habentis. Cùm autem ex data definitione pateat, jus proprietatis quandoque reſpicere immediatè REM, & *perſonam* tantùm ſecundariò, quandoque autem immediatè PERSONAM, & ſecundariò tantùm *rem*, benè

Dividitur in jus in re (ſeu reale) & in jus ad rem (ſeu perſonale) 10
Quæ diviſio (quidquid ſit de Jure civili, vel puriori latinitatis ſermone, cùm potiùs jus in rem, & in perſonam dici deberet) fundatur in *c. 8. de conceſſ. præb. in 6. & cap. 40. de præbend. eod.* éſtque tam in cathedra, quàm foro ubique recepta.

JUS IN RE eſt *facultas, quæ immediatè rem ipſam afficit, ſeu quaſi ſubjicit ſine reſpectu ad perſonam, vi cujus circa rem illam actionem ponere, vel omittere poſſumus.* Huic juri correſpondet obligatio generalis ex lege naturali orta, vi cujus totus mundus mihi devinctus eſt, ne me impediat ab uſu juris mei.

JUS AD REM eſt *facultas, quæ nobis immediatè ſubjicit perſonam in ordine ad aliquam actionem ponendam, vel omittendam in noſtrum commodum.* Huic juri correſpondet obligatio ſpecialis ex facto orta, vi cujus unus magis, quàm alter ex facto quodam prævio mihi devinctus eſt. vid. *l. 3. pr. & l. 25. pr. ff. de O & A.* Thomaſ. *Philoſ. Juris de obl. & Act. §. 65.*

(a) Nec obſtat, quod hæc facultas ſive in rem, ſive in perſonam competens, ſæpè impediatur, dum nimirum vel res ab alio detinetur, vel perſona ad factum obſtricta eſt abſens; nam iſta ſunt tantum impedimenta facti, quæ jus meum non minuunt; ſed hic & nunc ſolummodo exercitium hujus juris mihi competentis impediunt. Interim tamen jus & actio exinde emanans manent intacta.

§. 65. & 116. Ex his jam apparet differentia juris realis, & perſonalis: nam jus reale, ſeu in re immediatè rem afficit, ita, ut poſſim illam (ſaltem regulariter) à quocunque poſſeſſore vindicare, ſeu petere, eſto, mihi neque ex contractu, neque ex delicto obſtrictus ſit: Jus autem ad rem, ſeu perſonale immediatè tantùm perſonam ſubjicit, quæ mihi ex facto licito, vel illicito ſpecialiter præ omnibus aliis devincta eſt. Jus in re parit actionem *realem*: Jus ad rem *Perſonalem*: Jus in re non acquiritur regulariter, niſi mediante traditione vera, vel ficta, uti de *dominio* patet ex *l. 20. C. de pactis.* In *ſervitute* uſus unius, & patientia alterius vim traditionis obtinet. *l. 11. §. 1. ff. de publ. in rem act. l. ult. ff. de ſervit.* Quoad poſſeſſionem extat textus *in l. 3. §. 1. ff. de A. vel A. P.* In pignore eſt quid ſpeciale, quod ſine traditione creditor obtineat jus in re *l. 1. pr. ff. de pign. act. l. 4. ff. de pignor.* hinc dictum fuit notanter *regulariter*: ſunt enim & alii caſus excepti: hæreditas enim, & legatum ſine traditione acquiruntur *l. 50. §. 1. ff. de R. V. l. 37. ff. de A. vel O. H. l. 64. ff. de furtis.* Idem obtinet in rebus cauſis piis donatis, aut venditis *l. 23. pr. & §. 1. C. de S. S. E. E.* Jus perſonale econtra non requirit traditionem.

II JURIS IN RE numerantur à noſtris quatuor ſpecies, ſcilicet DOMINIUM, SERVITUS, PIGNUS, & POSSESSIO. Ratio hujus diviſionis ſatis congrua deſumitur ex *laud. Magnif. l. cit. n. 44. & ſeqq.* Tot enim ſunt ſpecies juris in re, quot modis res immediatè nobis poteſt eſſe ſubjecta: Modi autem ſunt quatuor: vel enim eſt nobis ſubjecta tanquam *propria*, vel tanquam *aliena*. Si tanquam propria, & quidem *verè*, eſt DOMINIUM: ſi ùt quaſi, ſeu præſumpt.vè propria, eſt POSSESSIO: ſi ùt *aliena*, vel habemus in illa re utilitatem, & eſt SERVITUS, vel ſecuritatem, & eſt PIGNUS. (a)

Non deſunt, qui uni, vel alteri ex his ſpeciebus ſingulariter verò poſſeſſioni naturam Juris in re competere negant, cùm eidem nihil juris inſit, & merè in facto conſiſtat. *l. 1. §. 3. & 4. l. 3. §. 5. l. 44. ff. de A. vel A. P.* Hinc etiam eſt, quòd poſſit eſſe ſine omni jure, imò per injuriam, atque violentiam (à fure, vel prædone) acquiri. *arg. l. 1. §. fin. & l. 2. ff. d. t.* Inde pariter fluit, quòd, eſto, hæres ſuccedat in omnia jura defuncti per nota jura, non tamen in poſſeſſionem ſuccedat, *l. 23. ff. eod.* Verùm his ex ſæpiùs *alleg. Clariſſ. D. Colleg. de Herz cit. p. 1. c. 5. num. 29.* breviter ſatisfactum imus, & dicimus, ex poſſeſſione naſci jus in re, ſed à facto dependens, ac in detinendo fundatum, inſtabile, nec ita firmum, ùt aliæ ſpecies juris realis: ſiquidem poſſeſſor hoc ipſo, quòd poſſideat, hic & nunc plus juris (in ſumma poſſeſſionis) habet, quam

(a) Quintam adſtruximus, nempe jus hæreditarium in *cit. Diſſ. Acad. h. n. 12.*

Digitized by Google

quam ille, qui non poſſidet, ita, ut poſſit turbatores repellere; nec ullus jus habeat, illum in ſua poſſeſſione privatim inquietandi. *d. l. 2. ff. eod.* Quod autem poſſeſſio dicatur eſſe facti, hoc tantùm eſt in acquirendo; quatenus apprehenſione opus eſt; ex facto tamen conſurgit jus illam contra turbatores defendendi, & retinendi, eſto, fortè ab initio per injuriam ſit acquiſita; & hoc non tam in favorem poſſeſſoris, quàm ut conſulatur tranquillitati publicæ, ac violentiæ aliàs metuendæ ſopiantur.

Sunt etiam, qui pro quinta ſpecie juris realis adſtruunt *Jus hæreditarium:* cùm his in arenam deſcendere nec tempus, nec paginæ vacant, videatur deſuper mox *laud. Authbor. cit. c. 5. §. 2. per totum.* Nos interim jus hæreditarium reducere cogimur ad ſpeciem dominii,

DOMINIUM autem (quòd, ſi latiùs accipiatur, etiam alias ſpecies juris comprehendit. *arg. l. 22. & 23. C. de procur. l. 3. ff. ſi uſuſf. pet.*) variè definiri videbis: accuratior definitio probatur, quòd ſit *jus, ſeu poteſtas de re immediatè, & nomine proprio diſponendi per actiones lege permiſſas.* Dicitur notanter: *de re*, ut diſtinguatur dominium ab aliis ſpeciebus juris realis; nam, qui ſervitutem, vel pignus habet, non poteſt de ipſa re, ſed tantùm de ejus utilitate, vel ſecuritate diſponere. Dicitur: *immediatè*, id eſt perfectè, & abſolutè, ut ſecernatur à poſſeſſione, cui non competit perfecta diſpoſitio, & abſoluta, ſed tantùm quamdiu durat bona fides. Dicitur: *per actiones lege permiſſas*, ut indicetur, diſpoſitionem liberam quandoque à lege reſtringi; uti patet in pupillis, minoribus: item in re alteri commodata, locata &c. cùm tamen iſta non tollant eſſentiam dominii, ſed tantùm facultatem quoad actum ſecundum reſtringant, poſſunt ſalvâ definitione ſubſtantiali omitti. 12

Dividunt dominium I. in Publicum (quod etiam dicitur eminens, 13 ſeu altum) & Privatum (quod baſſum, ſeu ſpeciale nuncupatur) *Illud* eſt jus, vi cujus Princeps de bonis ſubditorum exigente neceſſitate, ſeu utilitate publica diſponere poteſt: unde potiùs dicitur ſpecies imperii, non dominii; cùm non liberè, ſed primùm ita exigente utilitate competat. *Iſtud* eſt, quod competit cuilibet domino particulari in re ſua; & hoc

Aliud eſt dominium *Juris:* aliud *Rei.* Priùs comprehendit integrum jus proprietatis: equidem, qui jus *ad rem, vel in re* habet, poteſt pro libitu de illo diſponere: poteſt enim illud alteri cedere, vendere, donare. vid. *d. l. 22. & 23. C. de procur. l. 2. C. per quas per. nob. acq.* Item, qui uſumfructum habet, etſi non ſit dominus fundi, ſeu rei, tamen eſt dominus ipſius juris uſufructuarii *d. l. 3. ff. ſi uſuſfr. pet.* Poſterius; ſeu dominium *Rei* eſt illud, quod pro objecto rem corporalem

 ha-

Digitized by Google

habet. Non moramur hîc Titium *in theſ. jur. tit. de A. R. D.* qui hanc diviſionem tanquam dominii improprii rejicit: eſt enim verbi quæſtio.

Rurſus II. Aliud *Plenum*, ſeu *Perfectum:* aliud minùs *Plenum*, ſeu *Imperfectum. Illud* comprehendit omnes partes dominii integrantes, adeóque omnem diſpoſitionem (intellige in actu primo) continet tam circa rei proprietatem, quàm utilitatem. *Iſtud* eſt, quando aliqua pars integrans deeſt; & hoc

Eſt III. vel *Directum*, vel *Utile. Directum* eſt jus diſponendi de nuda rei proprietate, ſeu ſubſtantia, vulgò Grund-Gerechtigkeit, & ipſe dominus Grund-Herr. *Utile* eſt jus diſponendi principaliter de rei utilitate, ſeu potiùs de ipſa re quoad utilitatem, germanicè das unter-nider-oder nutzbare Eigenthum. Tale dominium competit Vaſallis, Emphyteutis, & Superficiariis. *l. 12. C. de fund. patr. 2. feud. 8. §. rei.*

Negat quidem *Hub. h. t. n. 15.* hanc diviſionem eſſe ſecundùm artis terminos, cùm nullibi fiat mentio dominii directi, & utilis; ſed ſi Authori nauſeam non parit utilis actio in rem, ſeu utilis rei vindicatio, quæ Emphyteutæ in *l. 1. §. 1. ff. ſi ager. vect.* nec non ſuperficiario in *l. 16. §. fin. ff. de pig. act.* competere dicitur; ita etiam ſine perturbatione ſtomachi digerere poterit terminos dominii directi, & utilis, tanquam cauſæ immediatè productivæ rei vindicationis. Neque nobis bilem movit, quòd in *d. l. 1. §. 1. & d. 2. feud. 8. §. 2.* negetur vaſallo, vel Emphyteutæ dominium competere: nam hoc accipimus de dominio directo, ſeu ipſius nudæ proprietatis. (a) Do-

(a) Urget *Hub. d. l.* Directum, & utile uſurpantur de actionibus, minimè verò de cauſis actionum, ùt ſunt contractus, & dominia: verùm etiam de dominio nulla adeſt implicantia, niſi cerebrina. Contractus, quod attinet, ſunt tantùm cauſa remota actionum, non proxima. Sanè, quæ abſurditas orietur, non video, ſi dividere placuerit obligationem in directam, quæ ex verbis, & utilem, quæ ex mente legis oritur, quamvis hæc diviſio efferri non ſoleat. Quis, amabo! negat, ex eo quod dentur actiones reales & perſonales, dari duplex jus in- & ad rem? Ipſe Hub. *Inſt. de action. n. 12. & lib. 4. Digr. c. 4.* admittit *jus ad rem*, eſto nullibi in jure noſtro civili de eo fiat mentio: Deberet potiùs, pergit Author Celebert. dici dominium *quaſi* tale, quod non ita atti noſtræ repugnat, ſicut *utile;* ſiquidem de vocula *quaſi*, quæ affinitatem quamdam cum re alia importat, habemus in jure veſtigium, ut actio *quaſi* Serviana *in §. 7. de act.* Item *quaſi contractus.* Hìc quærere liceat *ex Hub.* cur ergo JCti actionem, quæ competit Emphyteutæ, aut ſuperficiario non nominârunt *quaſi in rem*, ſicut *quaſi* ſervianam. Nónne Huberus ipſe *ff. de pignor. & hypoth. n. 11.* actionem quaſi ſervianam (quæ ſimpliciter hypothecaria dicitur *cit. §. 7. de act.*) utilem nuncupare cogitur, dum ait: *Nemo dubitare poteſt, quin utilis actio ſimpliciter dicta in materia pignoris ſit hypothecaria, qua eſt utilis ſerviana.* Reponet Hub. hìc adeſſe textus in *l. 4. C. quæ res pign. l. 13. §. 2. ff. de pign. & hypoth. l. 7. C. de hær. vel act. vend.* Non item de dominio utili: Miſera Juriſprudentia; ſi omnes artis termini, ſeu, ùt vocant technici, ex legibus forent exprimendi! Profe-

cto,

Digitized by Google

Dominium ulteriùs IV. aliud eſt *Univerſale*, aliud *Particulare*. *Illud* eſt, quod pro objecto habet Univerſitatem jurium tam realium, quàm perſonalium; vel eſt jus, ſeu facultas complexum omnium jurium realium, & perſonalium à defuncto in hæredem translatorum, vel ex poſſeſſionis facto hæredi noviter acquiſitorum continens. Exinde colligitur, vix aliud dari hodie dominium univerſale, quàm jus hæreditarium, ſive civile, ſive prætorium. *Iſtud* eſt, quod pro objecto habet rem determinatam ſeu particularem v. g. domum, agrum, gregem ovium.

Abit inſuper V. in *Legitimum*, ſeu Civile, quod ſcilicet habetur ex beneficio Juris civilis, & Prætorium, quod acquiritur ex beneficio, ſeu æquitate Juris prætorii, ùt ſi quis ex ſecundo decreto ob continuatam Rei contumaciam in poſſeſſionem miſſus ſit.

Abit VI. in *Naturale*, ſeu habituale, quando ſcilicet res eſt quidem quoad ſubſtantiam ſubjecta, ſed absque actuali diſpoſitione, & *Civile*, quod habet annexam actualem facultatem diſponendi. Illud competit uxori, hoc marito ratione dotis ſtante matrimonio.

Abit VII. in *Revocabile*, quod ad certum tempus, vel conditionem reſtrictum eſt: tale dominium habet maritus in dote; qui rem emit ſub conditione reſolutiva; vel etiam bonæ fidei poſſeſſor in fructibus extantibus. Et *Irrevocabile*, quod ad nullum tempus, vel conditionem eſt reſtrictum; uti quilibet regulariter habet in re ſua.

Abit denique in *Verum*, quod obtinetur ſine ulla juris fictione, & *Fictum*, quod acquiritur ex fictione juris prætorii; veluti contingit in actione publiciana, reſciſſoria, & quandoque pauliana, de quibus ſuô locô.

Dominium à jure gentium (ſeu ſuppoſita hominum multitudine, 14
atque eorum habendi cupiditate) à jure naturali derivari poſſe, communis eſt aſſertio. Unde patet hoc jure, omnem creaturam rationalem dominii eſſe capacem, quo facit illud *Geneſ. 1. verſ. 26. & 28.* Jure tamen poſitivo humano ſunt quidam facti incapaces, ùt Religioſi, & ſervi. Utrùm autem dominium poſſit eſſe penes duos in ſolidum. vid. Affirmativam apud *Magnif. P. Schmier d. l. c. 2. ſect. 3. §. 5. per tot.* & Negativam apud *Clariſſ. D. D. Franz h. t. p. 2. §. 2. n. 3. in fin.* lege, & elige: nos in medio hæremus, vel potiùs ulteriùs pergimus.

PARS

ctò, ſi licèt Authori illud jus, quod habet Emphyteuta, vocare dominium *quaſi* tale, quia datur contractus quaſi talis; ita & nobis licebit illud meliori jure appellare dominium utile, quia eidem competit utilis rei vindicatio, & facultas de rei proprietate diſponendi, quoad ipſam utilitatem.

PARS II.

De acquirendo rerum Dominio.

OCcurrit altera pars rubricæ de modis, quibus dominium tanquam principaliſſima ſpecies juris in re acquiritur. Sunt autem hi modi, Authore *Hug. Grot. l. 2. cap. 3. pr.* generaliter vel *Originarii*, vel *Derivativi.* ORIGINARII obtinent in rebus, quæ nullius ſunt. DERIVATIVI, quaſi ab altero derivati, intercedunt in rebus, quæ jam alicujus ſunt. Iem alii *Naturales* (ſeu gentium) alii *Civiles*. Illos ipſa natura, hos jus civile habilitavit ad transferendum (ſuppoſitis requiſitis) dominium: Priores in hoc titulo curas noſtras exigunt; ſúntque univerſaliter tantùm duo, *Occupatio*, & *Acceſſio*: non enim, ùt more ſolito accuratiſſimè advertit ſæpiùs memoratus *Clariſſ. ac Obſervandiſſ. D. Collega de Herz cit. tr. part. 2. in præf.* confundi debent modi acquirendi cum cauſis, ſeu titulis. Modus acquirendi eſt ipſum factum (vel, ùt loqui amant, conditio ſine quâ non) quo rem acquirimus, quod tamen de ſe, & ſine cauſa prævia ad transferendum dominium inſufficiens eſt; exemplô ſit traditio, quâ, niſi præcedat titulus aliquis, dominium haud transfertur *l. 31. ff. de A. R. D.* juncta *l. 11. §. 4. & 5. de except. rei jud.* Neque etiam ſufficit titulus ſine traditione *§. 40. & 41. b. t.* Quandoque tamen modus, & titulus eodem inſtanti concurrunt, uti fit in mutuo, nec non in contractibus innominatis, qui à datione incipiunt; item in occupatione rerum, quæ nullius ſunt, ubi vix poſſunt diſcerni; *Cauſa* tamen eſſe dicitur *Facultas* ab Authore naturæ homini in res ſingulas data, vi cujus jure occupationis poteſt alterum in re nullius (ſi modum doctrina capiat, id eſt, niſi dominii, vel acquiſitionis ſint incapaces, ùt res ſacræ, & religioſæ) prævenire: quinque enim modis res nullius dicitur, juxta Gloſſæ verſiculos:

Cenſurâ, factô, naturâ, tempore, caſu
Res in nullius dicitur eſſe bonis.

Cenſurâ res Divini Juris. *Factô* res derelictæ. *Naturâ* feræ beſtiæ. *Tempore* theſaurus. *Caſu* hæreditas jacens. *Schambog. ad §. 7. b.*

Dicendum jam de his duobus modis univerſalibus, videlicet occupatione, & acceſſione, earúmque ſubordinatis ſpeciebus.

SE-

SECTIO I.

De Occupatione.

Occupatio vel reſpicit res, quæ nullius ſunt, vel, quæ alicujus. Eſto de priori.

§. I.

De Occupatione originaria rerum, quæ nullius ſunt.

HÆc occupatio vel reſpicit res, quæ nunquam fuerunt alicujus, vel fuerunt, ſed deſierunt eſſe. Illæ rurſus ſunt vel animatæ, vel inanimatæ. Si animatæ, eſt *Venatio*. Si inanimatæ, eſt *Inventio*. 1

VENATIO eſt occupatio ferorum animalium in naturali libertate vagantium, & hæc ſuo ambitu comprehendit *Venationem* in ſpecie, quæ reſpicit feras terreſtres: *Aucupium*, quod verſatur circa animalia volatilia, & *Piſcationem*, quæ tendit ad aquatilia.

Venatio alia *Alta*, alia *Baſſa*. Illa comprehendit feras majores, hæc minores. Quænam huc ſpectant, diſce ab iis, qui venationibus occupantur. Interim monemus I. quòd conceſſa venatione alta non hoc ipſo cenſeatur eſſe conceſſa baſſa; quia de ſe ſunt ſeparabiles, & quandoque faciliùs alta, cùm non ſit ita frequens, quàm baſſa, conceditur. Monemus II. venatione ſimpliciter conceſſa præſumi, eſſe conceſſam baſſam; quia alta indiget ſpeciali mentione; ideo non venit ſub conceſſione generali. Alia *Hæreditaria*, quæ tranſit ad hæredes. Alia *Precaria*, quæ ad nutum concedentis poteſt revocari. Alia *Simplex*, cùm quis ſolus jus venandi habet. Alia *Simultanea*, quando pluribus in eodem loco jus venandi competit.

Venationem jure naturali, ac gentium cuilibet eſſe permiſſam, pateſcit tum ex ratione naturali, quòd res nullius cedat primo occupanti, tum *ex §. 12. b.* Neque intereſt hoc jure, utrùm quis in proprio, num in alieno fuerit venatus *l. 3. §. 1. & 2. ff. de A. R. D.* ratio eſt: quia fera nullius manet, licèt in poſteriori caſu Domino fundi actione injuriarum teneatur *l. 13, §. fin. ff. de injur.* Et quamvis videatur ex ſuo delicto reportare commodum, hoc tantùm fit per accidens; venatio enim de ſe licita eſt ubique, & tantùm ingreſſus in fundum alienum injuriam continet: hæc verò actione injuriarum ſufficienter coërcetur. Deinde non implicat, eundem actum ſub diverſo reſpectu eſſe illicitum, & tamen producere juris effectum; ſic pariter venatio, cùm ſit occupatio rei nullius, dominium tribuit, eſto, cùm in alieno exerceatur, ſit illi-

cita. Ejuſmodi exempla vide-ſis in *§. 26. b. & in l. 15. C. de R. V.* Requiritur tamen actualis occupatio, nec ſufficit, feram vulneraſſe; *multa namque accidere ſolent, ut feram non capias §. 13. b. l. 5. §. 1. ff. de A. R. D.* Quid dicendum ſit de fera laqueô implicata, conſul. *l. 55. ff. d. t. Clariſſ. D. D. de Herz d. l. n. 15. & ſeqq.* (a) cùm igitur venatio naturali jure ſit licita, grave

2 Dubium emergit, an poſſit à Principe prohiberi? Authores pro utraque ſententia allegat *Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. t. part. 3. n. 14.* Nobis affirmativa videtur hodie vix non certa; cùm utique Principi materia aliqua præ ſubditis ſit aſſignanda, & concedenda, unde dignitatem ſuſtinere, & animum à curis publicis relaxare valeat: quænam autem materia aptior illâ, in qua, vel ad quam nemo jus abſolutè quæſitum prætendere poteſt, ùt ſunt animalia fera?

Nec officit, quòd venatio jure naturali, uti dictum, ſit licita: nam hoc tantùm eſt de jure permiſſivo, non præceptivo: Jus autem naturale permiſſivum poſſe mutari, alibi didicimus, vid. pluribus *Præn. Clariſſ. ac Conſultiſſ. D. Caſp. de Böckhn* Conſil. Aul. Civitatis Syndicus, & Prætor digniſſimè Emeritus, Vir in utraque Jurisprudentia tum theorica, tum practica verſatiſſ. de Feripetis pag. m. 7. Addantur ea, quæ breviter, ſed, ùt ſolet, nervosè monet *Clariſſ. D. Coll. de Herz cit. p. 2. c. 1. à n. 3.*

3 Objectum venationis eſſe animalia fera in naturali libertate adhuc vagantia, indicat ipſa natura venationis ſuperiùs deſcripta. Hinc excluduntur I. Animalia manſueta, ùt ſunt gallinæ, anſeres, oves, cæteráque ejuſmodi pecora gregatim paſcentia. vid. *§. 16. h.* II. Animalia manſuefacta, quæ ire, & redire ſolent, donec animum redeundi (quod ex circumſtantiis deſumendum) non depoſuerint *§. 14. & 15. h. l. 5. §. 2. 4. & 5. ff. de A. R. D.* III. Animalia fera, ſed ab alio jam occupata, quamdiu ejus cuſtodiam non evaſerint *§. 12. h. t.* ſi enim evaſe-

(a) Mens & ſententia Proculi *in d. l. 55. ff. de A. R. D.* videtur hæc eſſe: Si fera ſit laqueo ita implicata, ut in morali æſtimatione non potuerit ſe extricare (quod ex circumſtantiis deſumendum) cenſetur jam à laqueum ponente occupata, adeóque ſi alius illam actu occupaverit, ſeu liberaverit, teneatur illam reſtituere; vel ſi illam ſoluto laqueo in priſtinam libertatem dimiſerit, poterit actione in factum ad æſtimationem conveniri. Secus ſi leviùs fuerit implicata, ita ut faciliori opera potuerit fera ſe liberare. At quid in dubio præſumendum? Non facilè dixeris. Stare placet pro naturali ferorum animalium libertate; donec probetur contrarium; quamdiu non accedit occupatio manuaria, ſemper militat effatum Imp. *in §. 13. h. & l. 5. §. 1. ff. de A. R. D.* Interim, ſi liberatio fuiſſet dubia, tenebitur liberans ob ſpem interceptam ponenti laqueum ad intereſſe arbitrio Judicis determinandum. Limita ſi liberans fuerit fundi, ubi laqueus ſine ejus præſcitu poſitus eſt, dominus. vid. Nood. *probab. l. 2. c. 3. n. 6.*

Digitized by Google

ſerint, cenſentur denuò recuperare innatam ſibi, ad quam ſemper aſpirant, libertatem naturalem, quod non eſt in aliis rebus. IV. Feræ in vivariis (ſecùs in ſylva circumſepta) & piſces in piſcina (aliter in ſtagno) *vid. l. 3. §. 14. ff. de A. vel A. P.* Satis de occupatione rerum animatarum. Sequitur

INVENTIO; quæ eſt occupatio rerum inanimatarum, quæ nullius ſunt *§. 18. b. t.* Huc ſpectant gemmæ, margaritæ, lapilli in litore maris occupati. Dico: *occupati*: non enim ſufficit ſola viſio: ſed apprehenſione opus eſt *l. 1. §. 1. ff. de A. vel A. P.* ibi: *nam protinus eorum fiunt, qui primi poſſeſſionem eorum apprehenderint:* paulò poſt: *Ejus fiunt, qui primus eorum poſſeſſionem nactus eſt.* 4

Neque dicas cum *Schamb. b. ad §. 18. Non eſſe neceſſè corpore, & actu apprehendere poſſeſſionem; ſed etiam oculis, & affectu l. 1. §. 21. ff. de A. vel A. P.* Nam textus ille loquitur de occupatione *derivativa*, quâ poſſeſſio jam ab uno acquiſita in alterum transfertur; non item de *originativa*. Ratio diverſitatis eſt; quia in occupatione derivativa fingitur, intervenire traditio, poſſet enim in caſu legis fieri traditio inter venditorem, & emptorem, non item in altero; cùm impoſſibilis ſit traditio rei, quam nullus poſſidet: jura autem non fingunt impoſſibilia *arg. §. 4. Inſt. de adopt.*

An huc ſpectent res deperditæ? Negatur; ſed debent reſtitui vero domino *§. ult. b.* & quidem ſine jure petendi (eſto, honeſtè oblatum accipiatur) pretium inventionis *l. 43. §. 9. ff. de furt.*

Quid ſi adhibitâ morali diligentiâ, de qua vid. *d. l. 43. §. 8.* dominum non inveniat? Poterit inventor retinere, quia nemini potiùs competit, &, ſi ſit res ſervando non ſervabilis, conſumere, niſi velit (non tamen juxta probabiliorem debet) dare pauperibus: ſi verò ſit ſervando ſervabilis, poterit retinere, illáque uti, frui, usque dum dominus ſe talem probet.

Num poſſit præſcribere? Rationibûs pro, & contra adductis judicium ſuſpendere videtur *laud. obſervandiſſ. D. Coll. de Herz d. loc. n. 29. & ſeqq.* Nos mentem noſtram aliis occurrentibus curis aperiemus: Interim inventor fortunæ donô ſibi gratuletur, non deerunt ejusdem cauſæ Patroni.

Res, quæ fuerunt alicujus, ſed deſierunt eſſe, vel deſierunt eſſe tempore, vel factô. Si tempore, eſt *Theſaurus*, ſi factô, *Res derelictæ*. 5

Eſt autem THESAURUS juxta Paulum *in l. 31. §. 1. ff. de A. R. D. Vetus quædam depoſitio pecuniæ, cujus non exſtat memoria, ut jam dominum non habeat.* Dicitur: *depoſitio*, quod ſumendum objectivè pro re depoſita. *Cujus non exſtat memoria:* unde, ſi eſſet pecunia ante ali-

Digitized by Google

quot primùm annos recuſa, theſaurus dici non poſſet. *Pecuniæ*, cujus nomine veniunt, & res aliæ mobiles *l. un. C. de theſ. arg. l. 222. ff. de V. S.* *Ut jam dominum non habeat*; iſt eſt, ut dominus non appareat: Dominus enim hìc nullo tempore, neque immortali excluditur; cùm deficiente poſſeſſione deficiat præſcriptio, vid. *l. 67. ff. de R. V.* (quam exemplô optimè illuſtrat *Hotom. ad §. 39. h. t.*) *l. 44. ff. de A. vel A. P.* junctâ *l. 37. ff. de A. vel O. H.*

Cui ergo cedit Theſaurus? Inventori, ſi in fundo proprio invenerit caſu, vel etiam operâ licitâ, ſi illicitâ, cedit fiſco: ſi in alieno, & quidem caſu, medietas ſpectat ad Inventorem, medietas ad loci dominum: ſi verò datâ operâ ſive licitâ, ſive illicitâ, vero domino eſt reſtituendus. vid. *§. 39. h. d. l. un. C. de theſaur.* Sed cur in caſu datæ operæ illicitæ non ſpectat ad fiſcum? Ideo; quia Inventor dando operam rei illicitæ non potuit præjudicare, vel ſpem adimere loci domino, qui omnî culpâ caret. Interrogas ulterius, cur non indiſtinctè inventori cedat, ſicut fera in alieno occupata? Diſparitas in eo eſt, quòd fera ſe habeat tantùm tranſeunter in fundo alieno, adeóque prorſus per accidens: econtra theſaurus permanenter in fundo quieſcit; quapropter domino major ſpes affulget illum inveniendi, quàm feram hinc inde vagantem occupandi: unde exiſtimat *Thomaſ. ad Hub. h. n. 29.* theſaurum acquiri non tam jure occupationis, quàm acceſſionis: quæ opinio non caret ſua probabilitate. Accedit etiam, quòd theſaurus præſumatur ibidem abſconditus ab anteceſſoribus ipſius domini loci: ideóque major pro illo, quàm inventore pugnat æquitas. *Hub. d. l. n. 30.* (a)

6 RES DERELICTÆ ſunt illæ, quas dominus (mobiles) abjecit, vel (immobiles) deſeruit animô illa non ampliùs inter ſuas habendi: cùm igitur redeant ad primævum ſtatum, fiántque nullius *l. 2. §. fin. ff. pro derelic. d. l. 43. §. 5. ff. de furt.* cedunt primo occupanti *§. 47. h. t.*

Non officit, quòd dicantur uſucapi *in l. 4. & ſeqq. ff. pro derelic.* conſequenter non poſſit dici, eas ſtatim cedere occupanti: nam hoc verificatur, ſi à non domino res ſit pro derelicta habita; ubi haud dubiè

(a) Quid ſi in fundo dotali ſit inventus à marito theſaurus? Idem dicendum videtur Ulpiano, ac ſi in alieno inveniſſet, adeóque medietas eſt uxori reſtituenda, quia theſaurus non ſpectat ad fructus. *l. 7. §. 12. ff. ſolut. matrim.* Ergo, inſis, dominio civili nihil tribuendum? Nihil, hoc ipſo quod illud reſpiciat rem tantùm in ordine ad fructus. Non erit tamen peccatum juridicum, ſi dixeris, deberi marito uſufructum etiam in medietate uxori reſtituenda, cùm non propriè, ſed *quaſi* in alieno inventus eſt. Hac quippe via ſuum cuique dabis, uxori vi dominii naturalis proprietatem, quæ ad fructus non ſpectat, & marito vi dominii civilis uſumfructum ſoluto matrimonio ceſſaturum, eſto aliàs dotem forte lucraretur. A criſi tamen, qui hanc ſententiam amplexus fuerit, non audemus abſolvere.

Digitized by Google

biè opus eſt præſcriptione. Dicitur *abjecit*, vel *deſeruit :* quippe non ſufficit ſolus animus ; ſed actus corporalis accedat, neceſſum eſt, qua in re traditur differentia inter dominium, & poſſeſſionem (puta civilem, non naturalem *arg. l. 8. ff. tit. mox citand.*) *in l. 17. §. un. ff. de A. vel A. P.* Illa enim animô (ſignô tamen quodam manifeſtatô *arg. §. 9. quib. mod. teſt. infir.*) amittitur, *vid.* etiam *l. 3. §. 6. ff. d. t.* non item dominium, niſi accedat actus corporalis.

Rogas, an huc reducendæ ſint res levandæ navis causâ in mare jactæ ? Negatur ob textum expreſſum *in §. fin. b.* non enim animô derelinquendi, ſed periculi evitandi fit jactus *L. 8. ff. de leg. Rhod.* Neque etiam deſperatio recuperandi, quæ ſæpiùs adeſſe poteſt, excludit animum habendi : aliàs res mea à lupo, vel avi erepta, etiam ceſſaret mea eſſe ; quod eſt contra *l. 44. ff. de A. R. D. Hub. b. n. 28.*

Graviter quidem obſtare videtur *l. 43. §. pen. ff. de furt.* Sed intelligi debet de jactu voluntario, de quo etiam in *§. antecedenti* 10. ſermo fuit ; hôc tamen obſervatô diſcrimine, quòd ex jactu *in mare* facto faciliùs præſumatur animus derelinquendi, cùm res perire ſoleat, quàm *in terram*, ubi res faciliùs conſervatur. Hinc, qui rem in terram jactam, credens pro derelicta habitam, occupat, tantùm excuſatur à furto. *d. §. 10.* qui autem in mare (intellige ſine neceſſitate) jactam invenit, ſuam facit. *d. §. pen. cit. l. 43.* Ita doctiſſimè obſervante *Clariſſ. D. Coll. de Herz loc. cit. num. 46.* (a)

§. II.

De Occupatione derivativa, ſeu rerum, quæ alicujus ſunt.

Occupatio rerum, quæ alicujus ſunt, contingit vel citra *voluntatem* domini, vel ex illius *voluntate :* ſi citra, eſt *Occupatio bellica :* ſi ex voluntate, ſed fortè tantùm indeterminata, eſt *Sparſio miſſilium :* ſi determinata, eſt *Traditio.*

(a) Neque exiſtimes, de jactu voluntario, non potuiſſe ſubeſſe prudentem rationem dubitandi, cùm hoc dubium facilè potuerit decidi ex dictis in *§. 10.* Nam in *§. 11.* ſtante jactu voluntario duo adhuc deciduntur : Imprimis, quòd qui ſponte rem in mare jecit, præſumatur animô derelinquendi abjeciſſe *cùm ſciat perituram*, conſequenter inventorem non tantùm à furto abſolvit JCtus, ſed rem ſuam facere ſtatuit, quod in *§. 10.* non fuit auſus aſſerere, quum non facilè præſumatur animus derelinquendi. Quòd ſi hæc conciliatio diſplicеat, non planè rejicimus receptam à multis diſtinctionem à loco jactûs deſumptam. Sanè ſi jactus ad evitandum naufragium (adeóque non ſponte) in medio maris contigerit, faciliùs præſumitur animus derelinquendi, quàm ſi non longè à litore ſit factus. De hoc caſu intellige *§. fin. b.* De illo *l. 43. §. 11. de furt.*

7 OCCUPATIO BELLICA eſt *modus acquirendi, quo perſonæ, vel res hoſtiles in bello juſto occupatæ fiunt capientium.* Dictum fuit: *capientium*, id eſt, acquiruntur illi, cujus intuitu bellum geritur: Milites enim ſunt Miniſtri ipſius Principis, cui, uti ab eo habent ſtipendia, ita etiam eidem acquirunt. vid. *l. 20. §. 1. ff. de capt. & poſtl. reverſ. l. pen. ff. ad L. Jul. pecul.* Excipe res mobiles, ſi ſint extra miniſterium, puta extra pugnam, vel conflictum per ſpecialem dimicationem, vel excurſionem privatam ſponte ſuſceptam acquiſitæ *§. 17. h. & l. 5. §. ult. ff. de A. R. D. Clariſſ. D. D. Franz. p. m. h. ad par. 3. §. 5.*

8 SPARSIO MISSILIUM eſt *modus acquirendi, quo miſſilia* (Auſwurff-Geld) *in vulgus jacta cedunt primò occupanti §. 46. h. l. 9. §. pen. ff. de A. R. D. Schamb. ad d. §. 6. h.*

9 TRADITIO, uti hic ſumitur, eſt *Actus, quo res ab eo, qui jus alienandi habet ex cauſa habili ad transferendum dominium, in alterum occupantem transfertur. Nihil enim tam conveniens eſt, naturali æquitati, quàm voluntatem domini, volentis rem ſuam in alterum transferre, ratam habere.* eſt effatum Imperatoris in *§. 40. h. t.*

Alia eſt *propria*, ſeu *verè talis*, alia *impropria*, ſeu *quaſi talis*. Illa locum habet in rebus corporalibus: hæc in incorporalibus, quæ vere, & propriè (utpote corporis expertes) tradi non poſſunt, ſed tantùm impropriè. Fit autem traditio in juribus affirmativis (quæ in faciendo conſiſtunt) per uſum unius & patientiam alterius, ita, ut *patientia* videatur habere vim traditionis, uſus occupationis. confer. *l. ult. ff. de ſervit. cum l. 1. §. fin. ff. de S. P. R.* In juribus negativis (quæ in omiſſione conſiſtunt) fit traditio per omiſſionem actûs, quem aliàs dominus in re ſua exercere poſſet cum vero, vel putativo jure alterius, ceu prohibentis conjunctam: pone, me tibi vendere jus ædes meas altiùs non tollendi, & te illud emere: Jam ex hoc momento altiùs non ædifico, & ſic omitto, vel quodammodo patior: tu verò ſtatim hac commoditate uti incipis, vi cujus me impedis, vel impedire potes, ne altiùs ædificem. *Fromman. diſput. de ficta, vel quaſi tradit. theſ. 32.*

Dicet aliquis, hôc modô nudîs pactis, ſeu contractibûs transferri jus in re, contra *l. 20. C. de pact.* Verùm negatur, hic adeſſe nudum pactum, ſeu contractum; ſed ſimul adeſt modus transferendi jus in re, ſcilicet omiſſio, ſeu quaſi patientia, & uſus ex parte alterius, qui, eſto, cùm contractu, ſeu titulo, ad jus in re transferendum compellente, eodem tempore concurrant, tamen non ſunt confundendi. Exemplum habes in mutuo, & in contractibus innominatis, ubi, etſi titulus, ſeu contractus cum ipſo modo, videlicet traditione, tanquam ſubſtantialiter

re-

Digitized by Google

requiſita eodem tempore interveniant, nihilominus tamen inter ſe diſtinguuntur.

Dicet ulterius: in juribus affirmativis titulus, & modus non concurrunt; ſed opus eſt novo actu, ſcilicet uſu *arg. d. L. 1. §. fin. ff. d. S. P. R. d. l. fin. ff. de ſervit.* Verùm ad hoc patet ex ſe diſparitas: quia jura affirmativa in faciendo conſiſtunt; hinc factô ad traditionem neceſſariò opus eſt: jura verò negativa ex omiſſione ſubſtantiam capiunt: quapropter ſola negatio facti ad eorum actualem conſtitutionem ſufficiens eſt. Evidentius haud dubiè ſignum traditionis quaſi talis intervenit, ſi expreſſa unius prohibitio, & alterius acquieſcentia, per quam prohibens in poſſeſſione conſtituatur, intercedit: ſed hujus prohibitionis non datur occaſio, niſi ille, qui hoc jus debet, contra ſuam obligationem agat v. g. altiùs tollendô. Cæterùm notandum, quòd ejusmodi jura ſemel conſtituta, quia ipſas res corporales quoad accidentia tantùm afficiunt, ſeparatim ampliùs activè, aut paſſivè transferri nequeant, ſed cum ipſis rebus traditis tranſeant. *l. 30. §. 1. ff. de A. R. D. l. 32. §. 1. ff. de S. P. V. Fromman. l. cit.*

Rurſus alia eſt traditio Vera, alia Ficta (quæ haud quaquam *cum* 10
quaſi tali confundenda; nam quaſi talis ficta dici non poteſt, ùt optimè advertit *Illuſtr. D. Coll. de Herz d. c. 2. n. 1.* fictio enim in impoſſibilibus non obtinet, eſt autem in incorporalibus traditio propriè dicta impoſſibilis) *Vera*, quæ naturali, & corporali actu peragitur, ut in re mobili de manu ad manum, vel ſi difficulter moveri poſſit per exhibitionem præſenti factam *L. 1. §. pen. ff. de A. vel A. P.* quod tamen intelligo, ſi ſaltem accedat contactus phyſicus, aliàs non differret à traditione longæ manûs *arg. l. 79. ff. de ſolut.* nec non eorum, quæ habet *Fromman. d. diſp. theſ. 5.* In re immobili per inductionem v. g. in fundum, domum, *l. 3. §. 1. ff. d. t.* *Ficta*, quæ à legibus fingitur interveniſſe, cùm re ipſa hic & nunc non intervenerit: quæ rurſus eſt duplex, *Brevis manûs*, & *Longæ manûs*: Iſta eſt, ſi res in conſpectu meo ponatur *d. l. 79. ff. de ſolut.* vel etiam à longe oſtendatur *l. 18. §. 2. ff. de A. vel. A. P.* Illa generaliter abſolvitur per omiſſionem certorum actuum, qui aliàs de rigore juris, & ad traditionem veram deberent intercedere *vid. §. 44. h. t. l. 43. §. 1. ff. de jur. dot. l. 11. l. 15. ff. de R. C.* in ſpecie autem contingit E. C. ſi rem mihi antea commodatam poſtea vendas, & ego titulô empti retineam: vel ſi juſſiſſem, ut numos, quos à me mutuò petieras, à debitore meo exigas, aut rem tibi vendendam darem ea lege, ut pretiô mutuò petitô uteris. His enim, & ſimilibûs caſibûs de rigore juris deberet mihi res tradi, & à me tibi: ſed hi actus ad evitandas ambages omittuntur. Huc etiam ſpectat conſtitutum poſ-

ſeſſ-

ſeſſorium, (a) de quo vid. breviter *Hopp. b. ad §. 34.* Interim tamen (niſi priùs inter contrahentes præceſſerit traditio vera ex alia fortè cauſa) exiſtimat non immeritò *Voët ff. de R. C. n. 5.* traditionem fictam non poſſe, niſi inter præſentes, & in re (ſaltem moraliter) præſenti abſolvi. Idque probat ex *l. 46. & 47. ff. de R. V.* ibi: *hæc, ſi res præſens ſit. l. 1. §. 21. ff. de A. vel A. P.* in verbis: *nam pro traditis eas haberi, ſi in re præſenti conſenſerint. vid.* inſuper *l. 74. ff. de contr. empt. vend.* Ratio dari poteſt: quia traditio non poteſt fingi, niſi ubi vera eſt poſſibilis: traditio autem vera inter abſentes, vel re abſente, non eſt poſſibilis, ùt de ſe planum eſt. Hic

Sciſcitaris: quò reducemus traditionem ſymbolicam, quæ ſit per ſymbolum rem ipſam repræſentans, ùt ſi locò frumenti, vel vini venditi tradantur claves *§. 45. b. & d. l. 74. de contr. empt. vend.* locò domûs inſtrumentum der Hauß-Brieff *l. 1. C. de donat?* Credimus meliùs reduci ad traditionem veram, quàm fictam; quoniam, ubi fictio locum habet, ſunt verba *Hub. b. n. 57.* ibi nihil eſt geſtum; ſed in illis ſpeciebus (traditiones ſymbolicæ) utique celebrati ſunt aliqui, licèt improprii, ac ſymbolici actus: Sanè nihil geri, & aliquid ſaltem ſymbolicè, ſeu analogicè geri toto genere differunt.

11 Quæri poſſet, quo jure traditio ſit ad transferendum dominium neceſſaria, an naturali, gentium, vel tantùm civili? verùm cùm diſquiſitiones de jure naturali, & gentium ſint extra noſtros limites, jure autem noſtro civili (ſi quoſdam caſus *part. priori num. 10.* relatos excipias) certum ſit, eam requiri *§. 40. b. l. 1. §. 1. ff. de A. vel A. P. l. 20. C. de pactis.* ad requiſita traditionis progredimur.

12 Requiritur autem I. præter liberam alienandi facultatem, ut tradens ſit dominus *§. 42. & 43. b.* quia nemo plus in alterum transfert, quàm ipſe habet *l. 54. ff. de R. J.* ſi igitur non ſit dominus, tantùm transfert conditionem uſucapiendi. II. ut habeat animum transferendi dominium: nam ſi rem ſuam, alienam putans, tradat, non transfertur dominium *l. 35. ff. de A. R. D.* Idem dicendum, ſi in cauſa, in qua putat, ſe eſſe dominum, erret *l. 15. ff. §. fin. ff. de contr. empt. vend. l. 49. mand.* (b)

III.

(a) Conſtitutum poſſeſſorium inducitur, ſi quis promittat ſe nomine alieno velle poſſidere, pone Titium, rem alteri titulò juſtò v. g. venditionis, donationis reſervato ſibi uſufructu conceſſiſſe, & majoris ſecuritatis gratia nomine emptoris, vel donatarii ſe poſſeſſurum promiſiſſe; hoc caſu emptor, vel donatarius poſſidere dicitur per venditòrem, vel donatorem, illique poſſeſſio prodeſt. *l. 18. pr. & 32. §. 1. ff. de A. vel A. P.* Item non raro re ſibi tradita conſtituere ſolet, velle ſe, donec ſolvatur pretium, poſſidere. vid. *Hub. d. t. n. 7.*

(b) Hinc ſi quis rem meam mihi ignoranti vendiderit, vel donaverit, meóque juſſu alii tradiderit, non meum, ſed venditoris quaſi dominium transfertur. *d. l. 15. §. fin.*

Digitized by Google

III. ut præcedat juſta cauſa ad transferendum dominium habilis: nudis enim traditionibûs dominia non transferuntur *l. 31. ff. de A. R. D.* IV. ut uterque habeat animum, dans nimirum transferendi, & accipiens acceptandi dominium *l. 36. ff. eod.* Hinc non eſt tanslatum dominium, ſi mihi numos dederis animô deponendi, ego verò ùt donatos acceperim: quia in transferente deficit animus. Secus eſt, ſi mihi animô donandi dederit, ego quaſi mutuos acceperim, quia, etſi in cauſa ſpecifica diſſentiamus, tamen uterque noſtrum habuit in animo cauſam habilem ad dominium transferendum. Ita deciſum legimus apud Julianum in *d. l. 36. ff. de A. R. D.* ibi: *Nam etſi pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratiâ, tu eam quaſi creditam accipias, conſtat, proprietatem* (dominium) *ad te tranſire, nec impedimento eſſe, quòd in cauſa dandi, atque accipiendi diſſenſerimus.*

Juliano videtur obloqui Ulpianus in *l. 18. ff. de R. C.* ubi ita diſcurrit: *ſi ego pecuniam, tibi quaſi donaturus, dedero, tu quaſi mutuam accipias, Julianus ſcribit donationem non eſſe: ſed an mutua ſit, videndum, & puto, mutuam eſſe,* NB. *magisque numos accipientis non fieri, cùm alia opinione acceperit.* Ad hunc textum vix non ſunt tot reſponſiones, quot Scriptores. Noſtra eſt, quòd pecunia non fiat accipientis *irrevocabiliter.* Dicit enim *Ulpianus, magis accipientis non fieri, cùm alia opinione acceperit:* vult dicere: non fiunt magis accipientis, quàm ea opinione, qua accepit: atqui non accepit irrevocabiliter, ſed tantùm revocabiliter; quia *mutuò* accepit: Nec enim ſimpliciter dicit textus non fieri accipientis, ſed *magis* non fieri: id eſt, non magis, quàm accipiens in animo habuit.

Dices, nullô modô fieri accipientis; quia juxta textum neque donatio eſt, neque mutuum: nuda autem traditione dominia non transferuntur *d. l. 31. ff. de A. R. D.* verùm fallit diſcurſus iſte: falſum enim eſt, quòd adſit nuda traditio, cùm utique concurrat animus transferendi, & accipiendi dominii; quod ſufficere patet ex *d. l. 36. ff. de A. R. D.* (a) quæ ex profeſſo de translatione dominii agit, dum *d. l. 18.* tanquam fugitiva (id eſt, extra materiam, ubi ex profeſſo de translatione dominii agitur, poſita) principaliter tantùm agit de valore contractûs, ſeu obligationis: conſequenter illi magis, quàm iſti quoad translationem dominii fidendum, addat. *Clariſſ. D. Coll. de Herz d. l. num. 9. & ſeqq.* Requiritur

 de-

(a) Sanè ad translationem dominii non requiri valorem contractûs, ſed ſufficere, ſi negotium de ſe ſit habile ad transferendum, & partes ejus translationem, atque acquiſitionem intenderint, notiſſimum eſt ex erronea ſolutione indebiti, quæ eſto nulla ſit, cùm ſolutio *ſit phyſ. a præſtatio REI DEBITÆ,* nihilominus transfertur dominium *arg. § 1. quib. mod. re contr. obl. § 6. de oblig. quæ quaſ. ex contr. & tot. tit. de condict. ind.*

demum V. ut tradatur poſſeſſio *vacua:* Id eſt, ùt communiter explicant, ut non alius ſit in poſſeſſione; quia, ut acquiratur dominium, debet res poteſtati noſtræ ſubjici, quod fieri non poteſt, ſi poſſeſſio ad alium ſpectet, ut avocari poſſit *l. 22. ff. de A. vel A. P.* nec ejusmodi translatio poteſt eſſe juſta, quamdiu alter animum poſſidendi retinet *l. 3. §. 5. & 7. l. 6. §. fin. ff. d. t.* latè *Vinn. b. ad §. 40.* *Huberus* econtra *p. 2. digreſſ. lib. 2. c. 5.* per vacuam poſſeſſionem intelligit traditionem ab ipſo transferente faciendam, ita, ut quamdiu venditor v. g. rem non tradiderit, & quantum in ſe eſt, poſſeſſionem emptori evacuaverit, dominium non ſit translatum, & ita intelligit *l. 13. C. de diſtract. pignor. l. 12. C. de prob.* & commodè exponit textum magis obſtantem in *l. 8. C. de A. E. V.* Hubero favent non tantùm textus in *l. 16. ff. de fund. dot.* ubi uxor marito fundum ab alio poſſeſſum in dotem *dedit* (dare autem eſt transferre dominium *§. 14. de Act.*) & in eo dotem *conſtituit:* dos verò non conſtituitur, niſi translata in maritum poſſeſſione. *l. 5. ff. ſolut. matr.* Item *text. in l. 10. §. 2. ff. de condict. furt.* ſed etiam ratio, quòd dominium, & poſſeſſio nihil habeant commune *l. 12. §. 1. ff. de A. vel A. P.* idcirco acquiſitio unius (ſicut amiſſio) non dependeat ab acquiſitione alterius, docet igitur cit. Author transferri dominium, eſto alius fuerit in poſſeſſione (a) modò tradens, quantum in ſe eſt, poſſeſſionem alteri evacuaverit. Si igitur traditio his requiſitis ſit inſtructa, dominium in alterum tranſit. Ubi tamen non diſſimulandum, ab hac regula exceptam eſſe emptionem, venditionem, in qua, eſto, res ſit tradita, dominium non transfertur, niſi vel pretium ſit ſolutum, vel de eo à venditore habita fides *§. 41. b.* Fides autem habita non præſumitur, ſed probari debet, ùt cum veriori ſententia tenet *Stryck diſſ. de fide habita cap. 4. num. 13. jung. Gail. lib. 2. obſ. 15. num. 6.*

SE-

(a) Obſtupeſcis, hic, ut adverto! Quomodo, ais rem tradet, ſi alius eſt in poſſeſſione? Prudenter miraris, ſi alius fuerit in poſſeſſione tam naturali, quàm civili. Quid autem, ſi alter tantùm civiliter poſſideret, & ego dominus naturaliter. Pone, equum mihi fuiſſe furtò ablatum, me autem caſu incidiſſe in locum, ubi equus paſcebatur, ſeu in ſtabulum, ubi à fure, vel alio, fortè emptore, erat incluſus. Nónne vel fur, vel emptor poſſident ſaltem civiliter? Jam iis abſentibus ſeu ignorantibus vendidi, & tradidi. Nonne poterit meus emptor eodem ipſo jure, quo ego ante venditionem, equum fortè rurſum amiſſum non tantùm à fure, vel emptore, ſed à quocunque poſſeſſore vindicare? Replicabis. Qui tantùm poſſeſſionem naturalem transfert, in effectu nihil transfert *arg. l. 22. ff. de A. vel A. P.* Nihil transfert, hoc eſt, nondum ſatisfacit ſuæ obligationi, quia non tradidit poſſeſſionem vacuam, ſicut debuerat, concedo: nihil transfert quoad dominium, nego.

Digitized by Google

SECTIO SECUNDA.

De Acceſſione.

ALter modus acquirendi naturalis eſt ACCESSIO ita dicta ex eo, quòd una res tanquam minùs principalis ad alteram principaliorem accedat, & illius dominium ſequatur. Poteſt itaque in genere commodè deſcribi, quòd ſit *modus acquirendi, quo res aliena intuitu rei noſtræ, vel quaſi, ùt principalioris, nobis acquiritur.* Eſtque duplex Naturalis, & Artificialis. Illa à natura: hæc ab induſtria, ſeu arte procedit.

§. I.

De Acceſſione Naturali continua.

ACCESSIO NATURALIS rurſus eſt vel continua, quando ſcilicet 13
res acceſſoria aliena fit unum continuum cum re principali: vel diſcreta, quando videlicet res aliena non fit propriè noſtra per continuationem, ſed potiùs per ſeparationem.

CONTINUA continet ſub ſe quatuor ſpecies: Alluvionem, Accretionem, Inſulæ productionem, & Alvei Derelictionem.

ALLUVIO eſt *modus acquirendi, quo portio terræ alienæ* (ſaltem negativè) *beneficio fluminis fundo noſtro paulatim adjectæ nobis acquiritur §. 20. b.* Ratio hujus acquiſitionis eſt æquitas naturalis dictans, & jubens, ut ille, qui à flumine ſæpè onus patitur, etiam commodum ſentiat *arg. l. 10. ff. de R. J.* Dictum fuit in deſcriptione *beneficio fluminis*, tum quia flumina dicuntur *vices cenſitorum agere, ita, ut ex privato in publicum addicant, & viciſſim ex publico in privatum l. 30. §. 3. de A. R. D.* tum quia modus iſte acquirendi non obtinet (ſaltem regulariter *vid. Hub. h. num. 33.*) in lacubus, aut ſtagnis; quoniam, etſi quandoque creſcant, & decreſcant, ſuos tamen etiam terminos habent *l. 12. ff. de A. R. D.* Secùs dicendum de mari, ùt vult *Hopp. ad d. §. 20.* Dictum fuit: *fundo noſtro*, intellige illimitato, ut alios limites, quàm flumen non habeat. *l. 16. ff. de A. R. D.* Dictum: *paulatim*, id eſt, inſenſibiliter, ſeu latenter; per quod diſtinguitur ab Accretione.

Eſt autem ACCRETIO, ſeu COALITIO *modus acquirendi, quo* 14
notabilis pars terræ alienæ beneficiô fluminis fundo noſtro advectæ nobis acquiritur §. 21. b. (a) Dicitur notanter: *advectæ;* requiritur tamen, ut

 per-

(a) Textus in vulgari ita habet. *Planè ſi longiore tempore fundo vicini tui hæſerit* (pars prædii) *arboreſque, quas ſecum traxit, in tuum fundum radices egerint, ex eo tempore*

perfectè coaluerit *l. 9. §. 2.* ibi: *unitatem cum terra mea fecerit. ff. de damno inf.* ſecùs enim à priori domino vindicari poteſt. *l. 7. §. 2. ff. de A. R. D.*

Sed utrùm non detur vindicatio, etiamſi perfectè coaluerit? Ita videtur erui poſſe ex *l. 5. §. 3. ff. de R. V.* ibi *Ulpianus: de arbore, quæ in alienum agrum translata coaluit, & radices immiſit: Varrus, & Nerva utilem actionem dabant: nam ſi nondum coaluit, mea eſſe non deſinet.* Dicunt aliqui, Ulpianum tantùm referre, non item approbare ſententiam Varri, & Nervæ: ſed vix eſt, ut Varrus, & Nerva in caſu, quo arbor à flumine translata fuit, utilem rei vindicationem, quæ juxta *l. 27. §. 3. l. 36. ff. de R. V.* non obtinet niſi contra illum, qui dolô deſiit poſſidere, dederint: Placet opinio *Clariſſ. D. Coll. de Herz d. l. cap. 3. num. 7.* textum loqui de caſu, quo arbor factô hominis (ſcienter) ex alieno in proprium translata fuit, ad mentem Gail in *l. 7. §. fin. & l. 26. §. 2. ff. de A. R. D.* hoc enim caſu transferens dolô deſiit poſſidere rem alienam, ac per implantationem, quæ radices egit, ſuam fecit, & ideo rei vindicatione utili conveniri poſſe, dicitur, & ita textum intelligit etiam *Schamb. h. ad §. 32.*

15 INSULÆ PRODUCTIO eſt *modus acquirendi, quo inſula in flumine nata, alveóque incumbens, iis acquiritur, qui habent prædia vicina. §. 22. h.* Dicitur: *inſula*, quo nomine non intelliguntur ædes, quæ proprio ambitu conſtant, uti fit in *l. 72. pr. ff. de V. O. l. 58. ff. locati;* ſed locus terræ vacuus in flumine conſpicuus. Dicitur *in flumine:* Nam inſula in mari nata (quod raró fit) cedit primo occupanti. Dicitur: *nata*, quod accidit, ſi flumen paulatim ſe dilatet, & locum vacuum in medio relinquat, vel ſi paulatim alluendo locum eminentem faciat: nam *facta*, ſi ſcilicet flumen ſe in duo cornua dividat, & meum agrum in medium recipiat, mea eſſe non deſinit. *l. 30. §. 2. ff. de A. R. D.* Dicitur: *Alveóque incumbens:* ſi enim ſit inſula mobilis, quæ virgultis ſuſtinetur, ſit publica *l. pen. §. 2. ff. d. t.* Dicitur: *qui habent prædia vicina*, ſcilicet illimitata: ſiquidem prædiis limitatis non accreſcit, ſed cedit primo occupanti, uti de alluvione dictum *l. 1. §. 6. ff. de flumin.* fit autem diviſio inter illos, quorum prædiis eſt vicinior juxta modum prædiorum *d. §. 22. h. l. 7. §. 3. ff. de A. R. D.* Sed moleſtus eſt hìc *Labeo in. d. l. pen. §. fin. ff. d. t.* ubi ſic ait: *ſi id, quod in publico innatum, aut ædificatum eſt, publicum eſt, inſula quoque* (utique immobilis, cùm fiat pa-

pore VIDENTUR (arbores) *vicini fundo* ACQUISITÆ eſſe. At meliùs legeretur, ùt habes Florentina, nec non *l. 7. §. 2. ff. de A. R. D.* unde iſte §. 21. deſumptus eſt, in ſingulari: *videtur vicini fundo acquiſita eſſe;* id eſt *pars terra.* Non enim eſt quæſtio de arboribus; ſed de parte terræ, quæ ſecum acceſſoriè arbores traxerat.

Digitized by Google

paritas ab ædificio) *quæ in flumine publico nata eſt, publica eſſe debet:* quæ deciſio totum hunc acquirendi modum deſtruere videtur. Reſpondet *Obſervandiſſ. D. Coll. de Herz cit. l. num. 11.* Labeonem debere intelligi de eo, quòd ſpectatâ naturâ dici poſſet: ſicut enim populus Rom. flumina publica occupavit, ita & alveum, ùt partem, ſuo dominio ſubjeciſſe cenſeri debuit: ſi hoc? per conſequens etiam fiet dominus tum ædificii, tum inſulæ alveo incumbentis: poſtquam autem tantùm flumen, quà flumen, quod ſpectabat ad illius uſum, occupavit: alveum verò vel in totum, vel in partem (quæ inſulam facit) utpote juxta *l. 30. §. 1. ff. d. t.* extra ejus uſum, pro deſerto habuit, vel potiùs vicinis in compenſationem damni, occaſione fluminis ſæpiùs emergentis, indulſit, etiam inſulam iis cedere voluit. Quid ſi diceretur Labeonis ſententiam procedere de caſu, ubi etiam ripa eſt publica? neque enim perpetuum erit, ripas habere dominos privatos: cùm etiam ad Reipublicæ patrimonium ſpectare poſſit *arg. l. 15. ff. de V. S. & l. 2. §. 4. ff. ne quid in loc. pub.* tunc enim inſula acquiretur Reipublicæ, ſicut aliàs privatis. (a)

Scrupulus incidit, quomodo inſula ad acceſſionem continuam reduci poſſit: cùm utique non videatur unum cum ripa, cui accedit, eſſe continuum? Non videtur quidem eſſe unum continuum, ſed tamen revera eſt: ſiquidem alveus eſt unum cum ripa continuum: & ſimul cum inſula: alveus autem quoad proprietatem ad vicinos ſpectat, ſicut ipſa ripa, & tantùm eſt extrinſecè publicus, quatenus, & quamdiu à flumine tegitur. (b) Latè *Vinn. ad §. 4. in fin.* Item *ad §. 22. num. 6. & ad §. 23. num. 1. b.*

ALVEI DERELICTIO eſt *modus acquirendi, quo alveus à flumine* 16
derelictus iis acquiritur, qui habent prædia vicina §. 23. b. t. alveus verò novus fit publicus (extrinſecè) ſicut ipſum flumen.

Quid ſi flumen pœniteat, & ad priorem alveum redeat, utrùm alveus modò deſerſus recuperetur, ſeu redeat ad priorem dominum? pone, flumen tibi abripuiſſe agrum, poſtea illum deſerere, & rurſum reverti ad priorem alveum? Negatur de rigore juris, uti doctiſſimè ratiocinatur Gajus in *l. 7. §. 5. ff. de A. R. D.* non enim jure vicinitatis, quia prior dominus nihil habet; ſupponitur námque totum agrum fuiſſe ab-

(a) Neque erit abſurdum intelligere textum de caſu, ubi non adſunt prædia vicina, vel ſi adſunt, ſint limitata; inſulam enim ſpectare ad illos, qui habent prædia proxima, patet ex illa ipſa *l. pen. §. 1.* Ibi: *ſi qua inſula in flumine publico proxima tuo fundo nata eſt*, EA TUA EST. An JCtus in eodem textu ſibi contradixit?

(b) Si hoc eſt, inquis, nihil de novo acquiro, ſed tantùm recupero exercitium hactenus flumine impeditum: Recupero exercitium, & ſimul dominium terræ, ex qua ſucceſſivè advecta inſula conſurgit.

reptum: non jure prioris dominii; quia illud, formâ agri mutatâ planè fuit extinctum: *ſed*, ait Juris Conſultus, *vix eſt, ut hoc* (id eſt, hic rigor) *obtineat.*

Sanè regerere quis hic poſſet: ſi, uti dictum, alveus etiam flumine tectus quoad proprietatem jam ſpectat ad illos, qui habent prædia vicina, quo ſenſu Inſulæ productio, & Alvei Derelictio dici potuerunt modus acquirendi? Hoc nimirum, quòd vicini, qui durante flumine tantùm habebant dominium quaſi habituale, & impeditum, acquirant dominium actuale, & proficuum. Nec etiam ſimpliciter, & omni ſenſu dicitur, eſſe modos acquirendi; ſed quòd inſula nata, vel alveus derelictus ſpectet ad illos, qui habent prædia vicina, videlicet *actualiter*, & cum *effectu*; cùm priùs tantùm illorum fuerint habitualiter & ſine utilitate.

Ab his modis differt INUNDATIO, *quæ fundi ſpeciem non immutat, & ob id, ſi receſſerit, palam eſt, eum fundum ejus manere, cujus & fuit.* Ita *Tribonianus in §. 24. h. & JC. in l. 7. §. 6. ff. de A. R. D.* Contra ſentire videtur *Pomponius in l. 23. ff. quib. mod. uſuf. amitt.* ibi: *ſi ager flumine, vel mari inundatus fuerit, amittitur uſusfructus;* NB. *cùm etiam ipſa proprietas eo caſu amittatur.* Reſpondent, intelligendum de omiſſione *facti*; quatenùs hic & nunc ager inundatus ſit inutilis: non *juris*: Vel etiam dici poteſt, hoc capiendum de inundatione diuturna. Quòd autem dicat, neque piſcando potuiſſe retineri uſumfructum, ideo erit, quia ager redigebatur in formam fluminis, ubi quilibet piſcari poterat: unde hoc jus non quà domino, ſed quà alii de populo eidem exercere permiſſum erat. Hodiernis moribus, ajunt, tam inſulam, quàm alveum ſpectare ad Regalia.

§. II.

De Acceſſione Naturali diſcreta.

17 ACceſſio diſcreta habet ſub ſe duas ſpecies: Fœturam Animalium, & Perceptionem fructuum.

FOETURA animalium eſt *Modus, quo id, quod ex animalibus noſtris naſcitur, noſtrum eſt. §. 19. h.* Intellige ex animalibus noſtris fœmellis, etſi maſculus fuerit alienus *l. 5. §. 2. ff. de R. V.* tum quia partus ventrem ſequitur; tum quia partus propriè non ex patre, ſed matre naſcitur; ſicut fructus ex fundo.

Dices: utique Dominus ventris eſt etiam dominus fœtûs jam ante nativitatem; ergo falſum eſt, primum nativitate acquiri dominium.

Re-

Digitized by Google

Reſpondetur ante nativitatem dominum matris habuiſſe dominium fœtûs tantùm acceſſoriè; quatenus erat pars ventris; nativitate poſtea dominium ſupervenire principaliter, & ratione ſui: Nec enim à Stoicis fœtus in utero animal, ſed tantùm pars ventris, aut ſpes animantis dicebatur *l. 2. de mort. infer.* Nec partus ancillæ, nondum editus, homo erat *l. 9. ff. ad l. Falcid.*

PERCEPTIO FRUCTUUM eſt *modus acquirendi, quo fructus ex* 18
re à nobis bona fide poſſeſſa nobis acquiruntur §. 35. h.t. & l. 48. pr. ff. de A. R. D.

Verùm hic rurſus obmurmuras, quomodo, ais, perceptio fructuum ad acceſſionem, reduci poterit? Nónne fructus, nondum ſeparati, jure acceſſionis ad verum fundi dominum ſpectant *l. 25. §. 1. ff. de uſur.* ſunt enim pars fundi *l. 44. ff. de R. V.* ſi hoc (uti non aliter) nónne jure acceſſionis ſpectabunt ad verum dominum, non ad bonæ fidei poſſeſſorem? ergo ratio principalis, eáque naturalis, de qua impræſentiarum ſermo, quòd fructus cedant bonæ fidei poſſeſſori, non eſt acceſſio, ſed cultura & cura. Ita Imperator in *d. §. 35.* Ita ferè *Huber. ibid. n. 46.* At non eſt, quòd à communi loquendi modo recedamus, vel jus acceſſionis bonæ fidei poſſeſſori denegemus: ſicut enim bonæ fidei poſſeſſor reſpectu ipſius rei principalis pro domino habetur in *d. l. 48. ff. de A. R. D.* ita etiam jure acceſſionis & acceſſorii pro domino habendus eſt reſpectu fructuum, ita, ut illa ipſa ratio, quæ pugnat pro domino, ſi de eo conſtet, pugnet etiam pro bonæ fidei poſſeſſore, quamdiu talis eſt: jam ante ſeparationem erat quaſi dominus, uti rei, ita fructuum, ſed horum tantùm acceſſoriè: per ſeparationem verò fit dominus principaliter, & per ſe, ita, ut cultura, & cura ſit adhuc ratio minùs principalis, ſeu conditio, ùt ajunt, ſine qua non. *Thomas. Ibid.*

Fructus in genere ſunt *omne emolumentum ex re aliqua, vel ejus oc-* 19
caſione perceptibile. Súntque alii *naturales*, alii *civiles*. *Naturales* ſunt, qui proveniunt ex ipſa re. *Civiles*, qui non immediatè ex ipſa re proveniunt, ſed tantùm occaſione rei, ita, ut res ſit potiùs inſtrumentum *l. 62. ff. de R. V. l. 29. ff. de pet. her.* Naturales rurſus ſunt *in ſpecie tales*, quos ſcilicet natura producit ſine magna, vel etiam nulla accedente induſtria, ùt ſunt (regulariter) poma, pyra, nuces, ligna, gramina. Vel *Naturales* induſtriales, quos quidem natura producit, ſed accedente ſpeciali induſtria, quo ſpectant vinum, oleum, frumentum. Civiles pariter denuò ſunt aut ſpontanei, qui percipiuntur occaſione rei vel de ſe, vel ex communi hominum deſtinatione ad illum uſum ordinatæ, quales ſunt penſiones ex locatione ædium, boum, equorum: aut *Adſcititii*, qui acquiruntur occaſione rei non de ſe, ſed ex ſpeciali induſtria ad tales fru-

fructus ferendos deſtinatæ: hoc reducitur lucrum ex navigatione, ſeu mercatura.

Ulteriùs alii ſunt fructus *percepti*, alii non *percepti*. *Percepti* dicuntur, quando à corpore ſunt ſeparati *l. 78. ff. de R. V.* qui rurſus vel *extantes*, vel *conſumpti* ſunt. *Non percepti*, ſunt vel *Pendentes*, vel *percipiendi*. Pendentes, qui adhuc inhærent corpori. Percipiendi, qui potuiſſent honeſtè percipi, ſed tamen hic & nunc ob negligentiam non fuerunt percepti *l. 33. & 62. §. un. ff. d. t.* his neceſſariò præmiſsis.

20 Dicendum I. Malæ fidei poſſeſſor, qui ſcire poteſt, vel debet, rem alienam eſſe, ſeu ſe non juſtè poſſidere, nullos fructus naturales ſuos facit, ſed tenetur domino reſtituere, & quidem non tantùm perceptos, ſive exſtent, ſive non, ſed etiam percipiendos *l. 62. §. un. ff. l. 5. l. 22. C. de R. V.* quia ceſſat ratio acceſſionis hic ſpecialiter neceſſaria: iniquum enim eſſet, malæ fidei poſſeſſorem haberi pro domino. Dixi *naturales*. Quid igitur de civilibus? Si ſint *ſpontanei*, idem dicendum *l. 55. ff. de condict. indeb.* quamvis enim horum fructuum ex cauſa ſolutionis dominus fiat, ùt quilibet alius *d. l. 62. pr. ff. de R. V.* condictione tamen impetitus (a) reſtituere tenetur *d. l. 55. Illuſt. D. Coll. de Herz d. part 2. c. 3. num. 44.* ſi ſint *adſcititii*, irrevocabiliter facit ſuos; quia ſunt partus propriæ induſtriæ & res præciſè tantùm ſe habet ùt inſtrumentum: induſtria autem fructificat ſuo domino, quo enim colore, ſeu coloratô boni juris fumô imaginem tuô penicillô à malæ fidei poſſeſſore depictam prætendere poteris? Profectò talis ad nihil aliud, quàm uſum, vel damnum, aut lucrum ceſſans ex eo, quod penicillô carere debueris (idem intellige de lucro ex pecunia) compenſandum tenetur.

Quid autem de uſuris dicendum? De percipiendis non tenetur; quia uſuræ ſine periculo ſortis locari non poſſunt: hoc periculum autem in ſe ſuſcipere etiam malæ fidei poſſeſſor non obſtringitur. Nec intereſt, quòd teneatur de fructibus ſpontaneis percipiendis, ſi fortè navim, vel domum non locaverit: nam diſparitas eſt; quia domum, vel navim ſine ſuo periculo locare poteſt, hinc abſque culpa hoc omittere nequit. vid. *d. l. 62. pr. ff. de R. V.* Idem dicendum de perceptis, ſi us-

que

(a) Sed quanam? ſi ipſe fur, ſeu prædo rem locavit, & mercedem obtinuit, condictione ſine cauſa *arg. l. 3. C. de condict. ex leg.* Si vero ipſe dominus rem locavit, & conductor prædoni ſolvit, non liberatur, ſed domino locanti adhuc tenetur; habet tamen iſte contra furem condictionem indebiti. Ita capimus *d. l. 55. in fin. ff. de condict. ind.* An non competat domino condictio furtiva? Nequaquam: Et quidem non in primo caſu, quia merces debebatur furi ex contractu: Non in ſecundo, quia ejus poſſeſſio non eſt interverſa; vid. *l. 1. §. 2. l. 67. pr. ff. de furt.* dominus quippe rem (multo minus fructus) non poſſidebat. Inde patet diſparitas ad *l. 61. §. 8. ff. de furt.* cùm locator, ſeu dominus maneat poſſeſſor.

Digitized by Google

que ad exactionem ſortis ejus periculum ſuſtinuerit, vel ſorte nondum exacta periculum ſuſtinere debeat; quia utique æquum eſt, ut ille ſentiat commodum, qui ſentit & incommodum. vid. *l. 67. §. 1. ff. pro Soc. l. 10. §. 8. ff. mand.* Aliter, ſi ſorte apud debitorem exiſtente, dominus velit in ſe ſuſcipere periculum; tunc malæ fidei poſſeſſor uſuras perceptas reſtituere cogitur *l. 30. ff. de pet. hær. Voët. ff. ibid. num. 15. & de A. R. D. num. 28.* Dicta de malæ fidei poſſeſſore extendenda ſunt etiam ad poſſeſſorem bonæ fidei in ordine ad fructus poſt litem conteſtatam perceptos; quia præſumptione, ſeu fictione juris habetur pro malæ fidei poſſeſſore *l. 22. C. de R. V. l. 25. §. 7. ff. de pet. hær.*

Obſtare videtur è diametro *l. 25. §. ult. de uſur. & fruct.* ubi bonæ fidei emptor tamdiu manere dicitur, quamdiu fundus non fuerit evictus. Reſpondetur, ſi actu fundus ſit evictus, jam conſtitui in vera mala fide. Res igitur ita ſe habet: ſi reus habet probabilem cauſam retinendi, non ſtatim tenetur rem reſtituere, ſed poteſt interim fructus percipere. Jam, ſi vincit, fingitur retrò dominus, ſi vincitur, debet illos, quamvis conſumpſerit, reſtituere, cùm à tempore litis conteſtatæ fingatur eſſe in mala fide, adeò, ut etiam teneatur de percipiendis *§. 2. de off. Jud.* Nervosè de hoc *Clariſſ. D. Coll. de Herz d. p. 3. num. 35. & 36.*

Dicendum II. Bonæ fidei poſſeſſor (qui videlicet attentis omnibus 21
circumſtantiis credit, rem, quam poſſidet, ſuam eſſe *l. 109. ff. de V. S.*) fructus perceptos non tantùm naturales induſtriales, quod certum eſt, ſed etiam naturales in ſpecie tales ſuos interim facit. *§. 25. h. l. 48. pr. ff. de A. R. D.* ratio eſt; quia habetur locô domini. *dd. tt. Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. t. p. 3. num. 96.*

Diſſentit *Huber. d. t. n. 46. & 47.* quia in ordine ad fructus naturales purè tales deficit cauſa acquirendi naturalis, nimirùm *cultura, & cura*, quæ eſt unica ratio. *d. §. 35.* ibi: *propter culturam, & curam.* Negamus Hubero dari fructus, qui nullâ neque culturâ indigeant, neque curâ, cùm debeant vel parari, vel percipi, vel ſaltem colligi, & cuſtodiri.

Dices: ergo non dantur fructus purè naturales. Negamus rurſus aſſumptum, nam qui nullâ culturâ, vel ſaltem exiguâ, ſed tantùm curâ indigent, manent adhuc naturales in ſpecie. Facit itaque bonæ

(a) Num mala fides Authoris noceat ſucceſſori? non nocet, quia in perceptione fructuum non initium, ſed ſingula momenta, quibus fructus percipiuntur, ſpectanda ſunt *l. 23. §. 1. ff. de A. R. D.* Neque officit paritas de præſcriptione, quia hæc juris eſt, & unica, ſicut unica res, quæ præſcribitur, ideóque tantùm initium (ſaltem ſpectato jure civili) attenditur: econtra illa facti dicitur & multiplex, quatenus tot ſunt perceptiones, quot anni; hinc ad ſingulas opus eſt bona fide, non attento, quomodo vel alter, vel ipſe poſſeſſor anteà poſſederit. Jungatur textus ad rem *in l. 48. §. 1. ff. eod.*

Digitized by Google

fidei poſſeſſor fructus induſtriales ſuos ob culturam, naturales ob curam tum fructuum, tum rei principalis. Sunt, qui pro cauſa principali allegant bonam fidem; quia tamen hic agitur de modis acquirendi naturalibus; bona fides autem abſolvit quidem à delicto; ſed modus acquirendi naturalis dici nequit, cauſa alia aſſignari debet, nempe factum culturæ, vel curæ *l. 45. ff. de uſur. & fruct.* (a) ita, ut bona fides ſit potiùs conditio ſine qua non; & hactenus benè *laud. Huber. d. l.*

Graviùs urget *l. 45. ff. de uſur. & fruct.* ubi, poſtquam JC. decidit, fructus naturales ex re à marito donata non fieri uxoris, ita pergit: *ſicuti nec cujuslibet bonæ fidei poſſeſſoris; quia non ex facto ejus naſcitur.* Verùm ſenſus iſte non eſt univerſalis, ſed particularis, uti iſte: *non cuilibet datum eſt adire Corinthum.* Textus dicit: fructus naturales non fiunt cujuslibet bonæ fidei poſſeſſoris: Reſolve: non quilibet bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales facit ſuos: quod verum eſt, nimirum, qui ad exemplum uxoris rem poſſidet titulô à jure reprobatô; ùt ſi quis emat rem à minore, quem talem ignorabat *l. 2. C. ſi quis ignor. rem min.* vel à falſo curatore deceptus emat *l. 13. §. ult. ff. de publ. in rem act. Voët. ff. de A. R. D. n. 30.* aliter reſpondet præfat. *Illuſt. D. Coll. de Herz. loc. cit. à n. 32.* quem omnino vide, & ſi placet, ſequere: Dictum fuit in concluſione, *Interim:* ſiquidem exſtantes debet domino rem ſuam vindicanti unacum ipſa re reſtituere *d. §. 35. h. d. l. 48. pr. ff. de A. R. D. l. 22. C. de R. V.* (b) Limitatur I. niſi eos (trienniô) præſcripſerit *l. 4. §. 5. & 19. ff. de uſur. & uſuc.* Limitatur II. in conjuge circa fructus induſtriales ex re ab alio conjuge donata: horum enim irrevocabiliter fit dominus: *cit. mox Clariſſ. ibid.* hactenus enim donatio inter conjuges non eſt prohibita; quia in ordine ad illos fructus pars donans non cenſetur fieri pauperior. Dictum fuit: *ſuos facit.* Et quidem (interim) pleno jure *l. 28. pr. ff. de*

(a) Dic meliùs: FACTUM PERCEPTIONIS: ùt ſat clarè innuit JCtus in *l. 48. pr. ff. de A. R. D.* Pone enim, alium coluiſſe agrum, alium poſtea percepiſſe: alium denique curâſſe fructus, omnibus bona fide ſuffragante. Quem exiſtimas, in dominio præferendum? Non dubitarem præferre; qui percepit. PERCIPIENDO enim SUOS FACIT *cit. l. 48. pr. junctóque notabiliter §. fin. d. l.* nec non *l. 25. §. 1. de uſur.* non colendo, vel cùram habendo: Cultura & cura, de qua in *§. 35. h.* ſunt tantùm præliminaria, ſeu conſequentia & occaſio, aut cauſa movens in æquitate naturali, illóque principio, quod, qui ſentit incommodum, ſentiat & commodum *l. 10. ff. de R. J.* fundata, non cauſa naturalis principalis; perceptio itaque (& in fœtu nativitas *arg. l. 48. ff. de uſur.*) accedente bona fide, quæ dominium quaſi tale ipſius rei frugiferæ operatur, actuale dominium parit.

(b) Fructuum enim perceptio tribuit quidem dominium b. f. poſſeſſori; ſed non ita, ut dominum ipſum ſupervenientem, quamdiu fructus exſtant, ſed tantùm alios extraneos excludat. Et hoc ſenſu dicuntur fructus pleno jure ſpectare ad b. f. poſſeſſorem, ita tamen, ut poſſit eos conſumere,

Digitized by Google

de uſur. & fruct. cùm inſtar domini ſit; neque intereſt, utrùm ipſe, vel alius, poſſeſſoris, aut etiam ſuo proprio nomine (ùt fur) percipiat, ſeu ſeparet *l. 25. §. 1. ff. d. t.* per quod differt notabiliter ab uſufructuario *§. 36. b.* Hic occurrit trita tum inter Theologos, tum Juriſperitos diſputatio de fructibus conſumptis quidem, ſed ita, ut ex iis poſſeſſor ſit factus locupletior: ubi

Dicendum III. bonæ fidei poſſeſſor non tenetur fructus, ex quibus eſt factus ditior, reſtituere. Ita cum aliis à ſe *cit. Magnif. P. Schmier lib. 3. tr. 2. c. 6. n. 112.* tum quia in *d. §. 35. b. l. 48. pr. ff. de A. R. D. l. 22. C. de R. V.* generaliter aſſeritur, bonæ fidei poſſeſſorem ratione fructuum conſumptorum conveniri non poſſe: tum quia in *l. 4. §. 2. ff. fin. reg.* dicitur eos *lucrari*; lucrum autem non eſſet, ſi deberet reſtituere: tum denique, quia in *l. 4. §. 19. ff. de uſur. & uſucap.* fructus conſumpti, & præſcripti æquiparantur; ſed hos non debet reſtituere, conſequenter nec illos. 22

Dices I. fructus, ex quibus aliquis ſit ditior, cenſentur adhuc exſtare *l. 23. ff. de R. C. l. 70. §. ult. l. 71. & 72. ff. de leg. 2. l. 23. ff. de adim. leg.* Reſpondetur cum *laud. Magn. ibid. num. 123.* textibus citt. textus alios opponi poſſe, nominatim verò *l. 5. §. 8. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Sunt igitur intelligendi textus oppoſiti vel de caſu, quo quis convenitur actione perſonali: nam actio realis, uti hìc rei vindicatio, non datur, niſi ad rem actu exiſtentem *l. 6. C. de R. V.* vel etiam ad æquivalens, ſed tantùm contra illum, qui dolò deſiit poſſidere, vid. *l. 27. §. 1. & ſeqq. ff. d. t.* vel de poſſeſſore univerſali, qui ejuſmodi fructus haud dubiè reſtituere tenetur. Hinc ſi

Dices II. poſſeſſor hæreditatis debet fructus iſtos reſtituere *l. 20. §. 6. l. 25. §. 11. ff. de pet. hær.* ergo etiam poſſeſſor rei particularis *arg. §. 2. Inſt. de offic. jud.* Damus diſparitatem; quia in hæreditate utpote univerſitate bonorum, quæ incrementum, & decrementum admittit, poſſeſſor non ſibi, ſed hæreditati acquirit, quæ per fructus augetur, eſto, ab alio poſſideatur *l. 20. §. 3. l. 25. §. fin. ff. d. t.* ideo etiam in hæreditate ſubrogatum ſapit naturam illius, cui ſubrogatur *d. l. 25. §. 18. l. 40. §. 2. 3. & 4. ff. eod.* Nihil horum de re particulari, quæ incrementum non admittit, neque per fructus augetur, verificari poteſt: æquiparatio verò, quæ fit in *d. §. 2. de off. jud.* tantùm intelligitur de fructibus exſtantibus.

Dices III. Ex hac reſponſione ſequitur, poſſeſſorem hæreditatis debere reſtituere omnes fructus, etiam planè conſumptos; quia conſumpſit rem non ſuam. Negatur aſſumptum: jura enim voluerunt poſſeſſorem hæreditatis ita tractare, ut nec lucrum, nec damnum ſentiat *d. l. 25. §. 11.*

ff. de pet. her. damnum autem ſentiret, ſi fructus planè conſumptos reſtituere cogeretur.

Dices IV. æquitas naturalis non patitur, ut quis fiat ditior ex re, & cum damno alterius *l. 206. ff. de R. J.* Sed argumentum non eſt ad rem: nam bonæ fidei poſſeſſor fit ditior immediatè ex re propria; cùm utique fuerit fructuum pleno jure dominus, ut potuerit illos liberè conſumere; adeóque ſi eorum conſumptione fiat ditior, fit ditior immediatè ex re propria, non aliena. (a) Unde etiam ruit argumentum, dum

Dices V. ſtando in jure naturali deberent hi fructus reſtitui, cùm quælibet res fructificet ſuo vero domino: Siquidem hoc procederet abſtrahendo ab omni jure poſitivo; poſtquam autem jus poſitivum ſtatuit, ut bonæ fidei poſſeſſor locò domini habeatur, illi, non vero domino fructificavit.

23 Forent aliqua dicenda de fructibus civilibus ſpontaneis (nam quòd aſcititios bonæ fidei poſſeſſor ſuos faciat, extra dubium eſt, utrùm debeant cum re reſtitui. Verùm cùm iſti non ſpectent (directè) ad noſtrum acquirendi modum, quoniam non ex ipſa re, ſed ex titulo ſolutionis, ùt ſuprà monitum, proveniunt. *l. 21. ff. de her. vel act. vend.* licebit deſuper judicium ſuſpendere, atque ad alium acquirendi modum tranſitum meditari.

§. III.

De Acceſſione artificiali.

24 ACCESSIO ARTIFICIALIS rurſus eſt duplex, alia *pura*, alia *mixta*. *Pura* dicitur, quæ ſolâ induſtriâ contingit: *Mixta*, ubi ſimul natura concurrit. Utriusque variæ numerantur ſpecies: prioris eſt

Primò SPECIFICATIO, quæ eſt *modus acquirendi, quo materia aliena per introductionem novæ formæ prævalentis ſpecificanti acquiritur §. 25.*

(a) Urgebis hic: Conſumptio non eſt cauſa novi juris, ſed tantùm effectus & executio dominii: conſumptio non auget jus poſſeſſionis, ſed ſolùm confirmat; neque jus domini minuit, ſed mutat duntaxat: Sicut igitur ante conſumptionem tenebatur ad fructus reſtituendos, ita & poſt. Advertis utique, hunc diſcurſum probare plus, quàm ipſemet intendis, cùm ſequeretur, teneri poſſeſſorem reſtituere etiam fructus, quos planè conſumpſit. Replicabis equidem, debere ſumi in ſenſu, ùt ajunt, accomodo, id eſt: Poſſeſſor conſumendo neque ſibi, neque domino damnum infert; hinc de planè conſumptis non tenetur, benè verò de iis, quorum intuitu aliquid ſupereſt, nempe de pretio exſtante; nemo enim debet fieri ditior cum jactura alterius *l. 14. ff. de condict. indeb.* Ita *Hub. Lib. 4. Digr. c. 23.* Fidem faceret, ſi medium probandi non deſumeres ab eo, quod eſt in quæſtione; Negamus etenim conſumendo non nocere (ſaltem per accidens) domino, cùm utatur jure ſuo rem ſuam conſumendo.

§. 25. h. Regulam cape: ſi forma materiæ prævaleat (prævalere verò dicitur, ſi materia ad priorem ſtatum reduci non poſſit) res ſpecificata, ſeu ſpecie mutata cedit ſpecificanti; ſi verò materia prævaleat (prævalet autem, ſi poſſit ad priſtinum ſtatum reduci) manet dominus, qui dominus materiæ fuerat: Habes exempla: ex aliena lana feci veſtimentum, ex alienis medicamentis emplaſtrum: fio dominus, quia hæ materiæ ad priorem ſtatum reduci non poſſunt. Idem dicendum de navi ex alienis lignis confecta *l. 26. pr. ff. de A. R. D.* niſi tabulæ, ſeu ligna fuerint præparata: ita intellige *l. 61. ff. de R. V.* (a) Econtra ex alieno auro, aut argento conflavi vas: Dominus argenti, vel auri manet dominus vaſis; quia vaſa poſſunt reduci ad priorem maſſam *d. §. 25. h. l. 7. §. 7. ff. de A. R. D.* Idem ſtatuitur in *d. l. 7. §. 7.* ſi ex alienis ſpicis excuſſum ſit frumentum, non quidem, ac ſi frumentum poſſet reduci ad ſpicas; ſed ideò, quia excutiens non inducit novam formam, ſed illam tantùm detegit. Ad hunc autem acquirendi modum eſſentialis eſt, ethymologia ita loquente, introductio novæ formæ; hinc mirum eſt, Voëtium *ff. de A. R. D. n. 21.* diſſentire, cujus ſententiam nullatenus firmat *cit. §. 25. h. t.* qui interpretationem capit ex *d. l. 7. §. 7.* à qua ſuppleri, ac lucem mutuare, paritérque, ſenſu ita exigente, deleri debet particula *non* in *l. 24 ff d. t.* (b)

Quid, ſi ex alienis uvis vinum feceris: puto, aliter dicendum; non enim vinum formaliter continetur in uvis (aut oleum in olivis) ſicut frumentum in ſpicis: ex uvis non utique vinum; ſed muſtum tantùm exprimitur; conſequenter, qui ex uvis vinum facit, jam novam formam inducit. His accedit, quòd ſi nec vinum exprimens, nec olivas, dominus fieret vini, aut olei, tum Tribonianus in *d. §. 25.* tum JC. in *d. l. 7. §. 7.* vix unicum exemplum ſpecificationis, de qua ipſis ſermo, adducerent, ſed potiùs ineptirent.

Ad hoc autem, ut ſpecificans fiat dominus, bonam fidem requiri, 25
communior eſt opinio I. quia, ùt ait *Vinn. ad h. §. 25.* qui ſcit, materiam alienam eſſe, non ſuo, ſed alieno nomine feciſſe, & ita operas do-

(a) Limitandum, ſi ſpecificatio fiat ex voluntate domini, quo caſu eum manere dominum, jam dudum reſpondit Calliſtratus in *l. 25. ff de A. R. D.*

(b) Fundamentum Voëtii in hoc conſiſtit, quòd grana non poſſint ampliùs ad priorem formam ſpicarum reduci: Hactenus equidem benè arguit Author Præſtantiſſimus. Sed deeſt aliquid, quod ad ſpecificationem indiſpenſabiliter requiritur, nempe, re ipſa loquente, introductio novæ formæ; *cùm enim grana* (ita optimè ratiocinatur Gajus *in d. l. 7. §. 7.*) *quæ ſpicis continentur, perfectam habeant ſuam ſpeciem, qui excuſſit ſpicas, non novam ſpeciem facit; ſed eam, quæ eſt, detegit.*

donâſſe cenſetur *arg. §. 30. b.* (a) atqui ſpecificans non alieno, ſed ſuo nomine novam formam inducere debet *d. l. 7. §. 7.* II. quia Paulus contra mala fide ſpecificantem indulget domino materiæ actionem ad exhibendum *l. 12. §. 3. ff. de exhib.* addita ratione: quia, quod ex re noſtra fit, noſtrum eſſe, veriùs eſt *Hopp. d. l.*

Dictis non obſtat I. quòd mala fide adjungens fiat dominus *§. 26. b. t.* nam ratio diverſitatis exinde elucеſcit, quòd in adjunctione ſervetur regula, acceſſorium, ſeu minùs principale, non attentâ bonâ vel mala fide, ſequi ſuum principale; cùm factum hominis ſe habeat per accidens: econtra in ſpecificatione non res rei, ſed opera & induſtria perſonæ rei accedit; idcirco vel maximè eſt inſpiciendum, utrùm induſtria tanquam cauſa principalis hujus acceſſionis bona vel mala fide ſit adhibita.

Non obſtat II. quòd materia, ſive bona ſive mala fide ſpecificatio contigerit, cenſeatur extincta, hoc ipſo; quòd forma prævaleat: ergo etiam prius dominium evanuiſſe, neceſſe eſt: Nam hoc tantùm procederet ſpectata ratione naturali, non item æquitate. Nonne etiam in perceptione fructuum tam in bonæ quàm malæ fidei poſſeſſore intercedit perceptio, cultura & cura? (en rationes percipiendi naturales æquales) tamen prior fit dominus fructuum, non etiam poſterior, nec alio ex defectu, quàm bonæ fidei.

Nec obſtat III. quôd, ſi vir uxori lanam donaverit, & ex ea ſibi veſtimentum confecerit uxor, ejus ſit veſtimentum *l. 29. §. un. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Nam ſupponitur, uxorem fuiſſe in bona fide, utpote quæ ignorare poterat, donationem inter conjuges non valere. Et quamvis in *l. 30. eod.* utilis viro dicatur actio dari, debet intelligi de alio caſu fortè, quo uxor ſcivit, & ita dolô poſſidere deſiit: Eſt enim *hæc l. JCti Gaii*, dum econtra *d. l. 29. & l. 31. d. t.* Pomponii ex *lib. 14. ad Sabinum:* quapropter eodem ſpiritu legendæ: Inde Pomponii mens clariùs apparebit.

26 Quæres, quibûs remediis domino materiæ proſpectum ſit? Si materia prævaleat, competit illi rei vindicatio; quia ex dictis manet dominus: ſpecificanti autem, ſi bona fide fecit, datur retentio, ſeu exceptio doli mali, donec ſibi fuerit ratione adhibitæ induſtriæ, & operæ ſatisfactum *l. 23. §. 4. ff. de R. V.* Si forma prævaleat, tunc videndum, utrùm ſpecificans ignoraverit, materiam eſſe alienam, vel ſciverit. Si priùs, priori domino alia actio non competit, quàm *in factum* ad æſtimationem ma-

(a) Accedit, quòd etiam facta ſpecificatione detur domino materiæ contra ſpecificantem condictio furtiva *l. 14. §. 2. & 3. ff. de Condict. furt. l. 52. §. 14. ff. de furt.* Hanc autem competere ſoli domino, conſtat *in l. 1. ff. de condict. furt.*

Digitized by Google

materiæ *arg.d.l.23. §.5. ff.de R.V.* ſi poſterius, convenitur ſpecificatio tum utili (a) rei vindicatione; quia dolô deſiit poſſidere *l. 9. §. 3. l. 12. §. 3. ff. ad exhib.* tum conductione furtiva, & actione furti *l. 13. ff. de condict. furt. l. 52. §. 14. ff. de furt.* tum, ſi actor mitiùs experiri velit, actione in factum *d. l. 23. §. 5. ff. de R.V.* niſi fortè ex circumſtantiis appareat, ſpecificantem nomine ipſius domini rem immutâſſe exprimendo v.g. uvas, ne putreſcerent: tunc etenim competeret priori domino rei vindicatio, ſalva tamen retentione ſpecificanti ratione operarum præſtitarum. Species acceſſionis artificialis eſt

Secundò ADJUNCTIO, ſeu ACCESSIO, quæ eſt *modus acqui-* 27
rendi, quo res aliena noſtræ tanquam principaliori juncta nobis acquiritur §. 26. h. l. 23. §. 2. ff. de R.V. Hic indiſtinctè ſervatur regula, quòd acceſſorium ſequatur ſuum principale; unde ſi brachium, vel pes alienæ ſtatuæ adjungatur, dominus ſtatuæ ſit etiam dominus brachii, vel pedis, ſive adjunctio fuerit ſacta à domino ſtatuæ, ſive à domino brachii, vel pedis. *arg. l. 19. §. 13. & ult. ff. de aur. arg. mund. leg.* Dicitur autem res minùs principalis, ſeu acceſſoria; quæ ſpectat ad perficiendam, vel ad ornandam rem aliam, eſto, aliàs ſit pretioſior: unde gemma cedit annulo, purpura veſtimento. Quòd, ſi res adjuncta ſit cum alia ejuſdem ſpeciei, ita, ut conficiant unum corpus, pars major (b) & præſtantior trahet ad ſe partem minorem. vid. *Vinn. h. §. 26.* multùm inſuper in hac materia tribuendum menti, ac intentioni facientis, ſeu deſtinantis, exiſtimat *Manz. ibid. num. 9.* Jam

Interrogas, quomodò ſit proſpectum domino rei acceſſoriæ? ſi ipſemet adjunxit, & quidem bona fide, habebit jus retentionis, uſque dum ſibi à domino rei principalis fuerit ſatisfactum; ſuppoſitô, quòd ſit in poſſeſſione. Illâ verò amiſsâ, poteſt agere ad exhibendum, ut res ſeparetur, & facta ſeparatione rem ſuam vindicare *arg. d. l. 23. §. 4. ff. de R. V.* ſi mala fide adjunxit, cenſetur rem ſuam alteri donare *arg. §. 30. h. t.* quòd ſi dominus rei principalis adjunxerit, ſimiliter diſtinguendum, num bona vel mala fide fecerit: ſi hoc, variæ occurrunt actiones, & quidem

dem

(a) Imò & directa, quia ex dictis manet dominus: Poteſt tamen etiam dici utilis in ordine ad materiam priorem, quæ videtur exſtincta, & quatenus eam quà talem ſpecificans dolo deſiit poſſidere: Non malè itaque, meo judicio, diſtingues, num dominus materiæ agere velit ad æſtimationem materiæ, quæ fortè pluris, quàm facta ſpecificatione valere creditur; vel ad ipſum corpus ſpecificatum. Si priùs erit rei vindicatio utilis, *arg. l. 6. junctâ l. 36. pr. ff. de R.V. & l. 131. & 150. ff. de R J.* Si poſteriùs erit directa, quia manet dominus rei ſpecificatæ, ex mox deductis hîc. *num. priori.*

(b) Quid ſi ſunt omnino æquales? Neutra accedit, ſed quilibet manet dominus ſuæ rei *l. 27. §. 2. ff. de A. R. D.* Vel ſi ſint indiviſibiles, erunt domini pro indiviſo, niſi res in aliam ſpeciem non reducibilem evaſerit.

Digitized by Google

dem poteſt adjungens imprimis conveniri actione ad exhibendum, ac utili rei vindicatione, tanquam contra illum, qui dolô deſiit poſſidere; ùti patet ex dictis. Deinde datur etiam contra illum actio furti, & condictio furtiva *d. §. 26.* quia, eſto, non ſit ampliùs dominus rei acceſſoriæ; condictio autem furtiva ſoli domino detur *l. 1. ff. de condict. furt.* hic & nunc tamen conſideratur tempus furti commiſſi; ubi competiit domino rei acceſſoriæ hæc condictio, quam poſtea non ampliùs amittit; licèt per adjunctionem poſteà factam dominium perdat *Hopp. ad d. §. 26. b.* Si bona fide adjunctio contigit, datur condictio ſine causâ, de qua quoad bonæ fidei poſſeſſores intelligi poteſt *cit. mox §. 26.* vel etiam (ſi fieri poſſit ſine gravi detrimento adjungentis) actio ad exhibendum, ut res adjuncta ſeparetur, & ſeparata vindicetur *l. 6. l. 7. §. 2. ff. ad exhib. d. l. 23. §. 5. ff. de R. V.*

28 Dictum fuit: *ſeparetur:* ſeparari autem poterit, ſi adjunctio facta ſit per *applumbaturam* Anlethung, Verbleyung, quæ eſt unio duarum materiarum diverſi generis v. g. auri cum argento, vel etiam ejusdem generis, ſi per tertiam conjungantur: ſecùs dicendum, ſi adjunctio facta ſit per *ferruminationem*, Anſchweiſſung, quæ accidit, ſi duæ materiæ ejusdem generis, puta argentum cum argento, aurum cum auro, aliâ materia non interveniente, conjunguntur; hic enim non ita apparet: quousque ſe extendat materia acceſſoriè conjuncta, quam tamen vindicans, deberet determinare *l. 6. ff. de R. V.* vid. *ſæpè cit. l. 23. §. 4. & 5. ff. de R. V. & l. 27. §. 2. ff. de A. R. D.* Ex quibus eruendum videtur, applumbaturam, & ferruminationem non eſſe novos acquirendi modos, ſed potiùs iis mediantibus *Acceſſionem* fieri, ſeu *Adjectionem*; ita tamen, ut ſi materiæ adjunctæ ſint planè æquales, ut una alteri non prævaleat, quilibet maneat ſuæ materiæ dominus *d. l. 27. §. 2.* Species acceſſionis artificialis ſunt

29 CONFUSIO, & COMMIXTIO. Confuſio dicitur, *quando duæ materiæ liquidæ, vel liquefactæ conjunguntur.* Hic eſt regula, quòd, ſi confuſio fiat ex voluntate utriusque, res confuſæ, ſive ejusdem, ſive diverſi ſint generis, ſive conſurgat nova ſpecies, ſive non, fiant communes. Idem dicendum, ſi caſu contigerit, vel etiam ab uno dominorum, ſed bona fide, ita tamen, ut ſeparari non poſſint *d. §. 27. l. 5. §. 1. ff. de R. V. l. 12. §. un. ff. de A. R. D.* (a) ſi verò confuſio caſu contigerit, & res ſe-

(a) Videntur hi textus ſibi non cohærere: *in §. 27.* dicitur, res fieri communes ſive ex voluntate dominorum, ſive caſu confundantur, ſive ſint materiæ ejusdem, ſive diverſi generis. Econtra *in d. l. 5. §. 1.* dicitur fieri ſpecificantis, ſi tertia ſpecies conſurgat. In utroque textu ponitur exemplum de vino & melle, ex quibus mulſum fit; Item de metallis confuſis. Quod Tribonianus *in §. 27.* de melle & vino ait, ſupponit, ſi caſu

con-

ſeparari poſſint, quilibet manet dominus ſuæ materiæ, & dabitur cuique actio ad exhibendum, ac poſtea rei vindicatio. Idem eſto judicium, ſi factô unius, ſive domini, ſive tertii, ſed bona fide, res ſeparabiles confuſæ ſint; niſi conſurgat tertia ſpecies; quo caſu obtinet regula de ſpecificatione. Contra mala fide confundentem datur actio furti, & ad exhibendum habita ratione pretii, ſuppoſitô, quòd ſeparari nequeant. vid. *l. 3. §. fin. l. 4. ff. de R. V.* Sanè, ſi non confundens rem confuſam poſſideret, mala fide confundenti vix erit actio prodita, quo aliquid repetat; cùm utique donare cenſeatur *arg. §. 30. b. & l. 53. ff. de R. J.* & ita intelligi poterit *Clariſſ. D. D. Franz p. m. l. ſupra cit. n. 115.* Si aurum cum argento caſu commiſceatur, quamvis olim, dum ſeparari non poterat, fuerit effectum commune *d. §. 27. b.* hodie tamen cum aqua chryſulca Scheid-Waſſer ſit ſeparabile, ſecus erit diſcurrendum.

COMMIXTIO dicitur, ſi duæ materiæ ſolidæ v. g. frumentum 30
cum frumento, vel alia grana inter ſe commiſceantur. Hic eſt regula priori contraria, quòd ſcilicet quilibet maneat dominus ſuæ materiæ, ſive caſu, ſive factô acciderit: quoniam per ſe, & ex natura ſua (etſi multoties, utì in frumento, ſeu aliis granis difficillimè, imò vix) ſeparari valent. Datur igitur alterutri contra alterum poſſeſſorem rei vindicatio pro quantitate frumenti ad ſe ſpectantis: arbitriô autem Judicis continetur, ut ipſe æſtimet, quale (id eſt, cujus bonitatis) cujúſque frumentum fuerit. Ita leges *in §. 28. b. t.* Dixi *ſive factô:* intellige *unius:* ſi enim voluntate dominorum fiat, erit res communis *d. §. 28.* Excipiuntur à data regula numi, qui, eſto, ſeparari poſſint, & quidem ſæpè faciliùs, quàm frumentum: nihilominus tamen fiunt commiſcentis *l. 78. ff. de ſolut.* ne commercia ob metum pecuniæ alienæ impediantur. Aliam rationem diverſitatis inter frumentum, & numos allegat *Vinn. ad §. 28. b. numer. 2.* quòd ſcilicet numi ſtatim, ac expenſi ſunt, habeantur pro conſumptis, quamvis corpora maneant *arg. l. 13. & 19. §. 1. ff. de R. C.* junctô *§. 2. de uſufr.* frumentum verò non credatur conſumptum, niſi mutato corpore, quod fit, ſi in farinam redigatur.

Sanè non parùm intereſt, utrùm res maneat propria, ſaltem pro quantitate, quam priùs habui, num verò fiat communis, quia in priori caſu competit rei vindicatio contra confundentem, & quemcunque alium poſſeſſorem; in poſteriori verò datur tantùm actio communi dividundo contra confundentem, ejúſque hæredes. *arg. §. 3. de obl. quæ quas. ex contr. naſc.* Eſt ulteriùs

confuſio contigerit, JCtus verò in *d. l. 5.* ſupponit, factum hominis interveniſſe, ideo obſervat regulas ſpecificationis; circa metalla ſupponit idem Tribonianus de caſibus, ubi non poſſunt ſeparari. JCtus Ulpianus econtra ubi poſſunt.

51 INÆDIFICATIO, ſi ædificium imponatur alterius ſolo, ſeu fundo: ubi habetur generalis regula, quòd ædificium cedat ſolo, ita, ut dominus ſoli fiat etiam dominus ædificii *§. 29.* & *ſeqq. b. l. 2. ff. de ſuperficieb.* Poteſt autem hoc dupliciter contingere: vel quòd ego ex aliena materia in meo ſolo ædificem, vel ex mea materia in ſolo alieno: ſi priùs, fio quidem, juxta datam regulam, dominus ædificii, quamdiu tale eſt, ſed non materiæ, cùm illa maneat ſub dominio prioris domini. *d. §. 29. b. t.* ibi: *nec tamen is, qui materiæ dominus fuerat, deſinit dominus ejus eſſe.*

Dices: utique materia eſt ipſum ædificium. Diſtinguo, ſi conjunctim conſideretur, concedo: secùs negatur. Inde fluit, quòd præſcribens totum quà tale, non hoc ipſo partes præſcripſerit. *l. 23. §. fin. ff. de R. V.* latè *Vinn. ad cit. §. 29. n. 1.*

Ergo, ais, poterit illam pro libitu vindicare? Non. propter legem 12. tabb. qua cavetur, ne quis tignum (cujus appellatione omnis materia venit) alienum ædibus ſuis junctum eximere cogatur, & ita, ædificium reſcindi, neceſſe ſit *d. §. 29.* junctâ *l. 1. pr. ff. de tig. junct. ſed tantiſper* (ſcilicet quamdiu ædificium durabit) *neque vindicare eam* (materiam) *poteſt, neque ad exhibendum de ea re agere.* Quô igitur remediô erit interim domino materiæ ſuccurrendum? Actione de tigno juncto; quâ ædificans ad dupli æſtimationem convenitur: & hoc probabiliùs etiam de bona fide in ædificante dicendum I. quia textus hic non diſtinguit: imò II. in verbis finalibus ſtatuit, quòd poſſit dominus dirutô ædificiô materiam vindicare, niſi fuerit duplum conſecutus; id quod neceſſariò intelligendum de caſu, quo ab eo, qui bona fide ædificavit, duplum conſecutus eſt: nam mala fide ædificans ſolutione dupli à reſtitutione materiæ, dirutô ædificiô, facienda non liberatur per textum ſatis apertum in *l. 1. §. fin.* & *l. 2. ff. de tig. junct.* quò etiam III. facit *l. 23. §. 6. ff. de R. V.* ibi: *tignum alienum ædibus junctum nec vindicari poteſt propter legem 12. tabb. nec eo nomine ad exhibendum agi, niſi adverſùm eum, qui ſciens alienum junxit ædibus* (quæ limitatio utique intelligenda dirutô ædificiô) *ſed eſt actio antiqua de tigno juncto, quæ in duplum ex l. 12. tabb. deſcendit.* Ex quibus verbis manifeſtè patet, hanc actionem dari etiam contra illum, qui ignoranter, adeóque bona fide ex materia aliena ædificavit, cum hoc tamen diſcrimine, quòd hic, ſi duplum ſolverit, non teneatur ampliùs materiam, vel ejus æſtimationem ſolvere; ſicut ille, qui mala fide ædificavit. *d. l. 1. §. fin.* & *d. l. 2. ff. de tign. junct.* hinc contra mala fide ædificantem actio in duplum eſt merè pœnalis, reſpectu alterius verò mixta, id eſt, in duplum, cui ſimplum ineſt. *Hopp. ad d. §. 29.* Durum eſt, inquis, bona fide ædificantem in duplum citra

ſuam

Digitized by Google

ſuam culpam condemnari! Sed durius eſt, dominum debere re ſua, quà ſuâ, carere. Deinde ædificans non eſt planè extra culpam, cùm debuiſſet meliùs in rem, ex qua ædificat, inquirere.

Altero caſu, quo nimirum ex mea materia in alieno ædificavi, non 32 tantùm procedit data regula, quòd ædificium ſolo cedat, ſed inſuper etiam amitto dominium meæ materiæ, ſi ſcienter facio, ita quidem, ut eam etiam dirutô ædificiô vindicare regulariter non poſſim *d. §. 30. b. l. 7. §. 12. ff. de A. R. D.* talis enim cenſetur materiam donare. Dixi: *regulariter:* ceſſat enim hæc præſumptio, ſi circumſtantiæ contrarium ſuadeant, puta I. ſi quis ſcienter ædificavit in fundo litigioſo: ſperabat etenim, ſolum ſibi manſurum. II. Si ſcientia ſoli alieni primùm poſt inceptum ædificium ſupervenerit: quippe non ſic ſtructuram cœptam deſerere quis poteſt, ſicut non inchoare: ita capienda. *l. 2. C. de R. V.* (a) Idem dicendum III. ſi bona fide fundum emit, &, antequam ædificare cœperit, ſcientia rei alienæ ſupervenit: potuit enim credere, ſe fundum uſucapturum; qui eſt caſus *l. 37. ff. de R. V.* quæ opinio tamen Jure Canonico ex *cap. fin. de præſcript.* non toleratur. *Illuſtr. D. Collega de Herz cap. 4. §. 3. num. 24.*

Interrogas, utrùm non poſſit (extra caſus non exceptos) ſaltem expenſas in ædificium factas deducere? Non poteſt: ſi enim materiam amittit, certum eſt, ait *Hub. b. t. num. 40.* nec impenſas ſtructuræ ſervari poſſe: nam ſcienti, alienum ſolum eſſe, poteſt objici culpa, quòd ædificaverit temerè in eo ſolo, quod intelligebat, alienum eſſe: ſunt verba Triboniani *d. §. 30. in fin.*

Dices: tamen Interpretes rotundè hic docent, mala fide ædificantem ſervare poſſe impenſas neceſſarias. *l. 5. C. de R. V. l. 38. ff. de her. pet.* Verùm, ſi hoc eſt, ùt ais, poterit etiam deducere æſtimationem materiæ, quæ omnium maximè ad ædificium fuit neceſſaria, & hôc modô eludetur diſpoſitio *cit. §. 30.* Intelligendum eſt itaque de expenſis in ædes alienas antea jam exſtructas factis, cùm magis neceſſarium ſit ædificia conſervare, quàm nova exſtruere, imò hoc planè ſit arbitrarium.

Si verò bona fide in alieno ædificavi, quamvis & hîc ædificium 33 ſolo cedat, nihilominus maneo dominus materiæ, ita, ut liberum mihi ſit illam, ſolutô ædificiô, vindicare: vel ejus æſtimationem à domino

(a) Ubi dicitur, materiam, dirutô ædificiô, ad priſtinum dominum redire, eſto mala fide extruxerit. Niſi fortè dicere mavis *d. l. 2.* eſſe intelligendam de caſu, ubi quis ſciente domino in alieno ſolo (quamvis mala fide) ædificavit, quatenus etiam dominus ſoli doli vel culpæ reus eſt, ſi ſciens ædificium ab alio in ſuo ſolo extrui, non contradicat. *arg. l. 5. §. 2. ff. de dol. mal. & met. except.* Hic ulteriùs notandum, quòd, eſto aliàs donatio non præſumatur. *arg. l. 25. ff. de probat.* aliter tamen dicendum de eo, qui in alieno ædificavit. *§. 30. b. l. 7. §. 12. ff. de A. R. D.*

ſoli rei vindicatione conventus unacum mercedibus fabrorum, aliisque expenſis utiliter factis, quæ mihi indiſtinctè refundi debent, retinere, ac vindicantem usque ad reſarcitionem exceptione doli mali repellere. *d. §. 30. b.*

Quid, ſi non ampliùs poſſideam, num mihi actio competat? Quidquid ſit de rigore juris ob textus in *l. 33. & 51. ff. de condict. ind.* nec non in *d. §. 30.* ibi: *ſi in poſſeſſione conſtituto ædificatore*, de quibus videri poteſt pluribùs *Vinn. ad d. §. 30. n. 4.* dari tamen hodiernis moribùs, & de æquitate vel utilem actionem negotiorum geſtorum *arg. l. 6. §. 3. ff. de neg. geſt.* vel in factum *arg. l. 23. §. 5. ff. de R. V.* aut implorationem officii Judicis teſtatur *Hopp. ad d. §. 30. Uſ. Hod.* non enim ferendum videtur, ut dominus cum alterius detrimento locupletetur. Eſt inſuper

34 **PICTURA**, quæ ſpectata ratione naturali cedere deberet tabulæ ob bonam rationem, quam ſubminiſtrat JC. Paulus in ſæpè *d. l. 23. §. 3. ff. de R. V. quia neceſſe eſt, ei rei cedi, quod ſine illa eſſe non poteſt:* vult dicere, ſi agatur de acceſſione, illa res dicitur alteri cedere, quæ ſine altera eſſe non poteſt: pictura autem ſine tabula eſſe non poteſt, benè verò tabula ſine pictura; quæ ratio militat, quamvis pictura ſit tabulâ pretioſior, *arg.* eorum, quæ ſuperiùs de acceſſione dicta ſunt: ſpectata verò æquitate, artísque pictoriæ privilegiô tabula picturæ cedit: *Ridiculum enim eſſet* (verba Imperatoris in *§. 34. b.* referimus) *picturam Appellis, vel Parrhaſii in acceſſione viliſſimæ tabulæ cedere:* unde colliges, quòd, ſi tabula eſſet picturâ pretioſior, tam ex ratione, quàm æquitate naturali pictura tabulæ cederet. Cæterùm non levis eſt conjectura, Paulum in *d. l. 23. §. 3. ff. de R. V.* & Gajum in *l. 9. §. 2. ff. de A. R. D.* inter ſe diſſenſiſſe, uti innuunt verba Imperatoris initialia *cit. §. 34.* ibi: *quidam putant, tabulam picturæ cedere:* quæ erat opinio Pauli in *d. l. 23. §. 3.* contra Gajum in *cit. l. 9. §. 2.*

Quid, ſi pictor, refusô tabulæ pretiô, picturam prætendat, dominus econtra tabulæ ſolutæ artefacti æſtimatione tabulam petat, quem tu horum præferes? Scrupulum movent verba Gaii in *d. l. 9. §. 2.* ubi expreſsè dicit, domino tabulæ contra eum, qui pinxit, utilem actionem dari, *quâ NB. efficaciter experiri poterit, ſi picturæ impenſam ſolvat: adverſùm Dominum tabularum verò ei, qui pinxerit, rectam vindicationem competere*, aſſerit. Præferendus haud dubiè videtur, qui pinxit, hoc ipſo, quòd ei tabula cedat, & competat directa rei vindicatio: verba JCti, quæ efficaciter favent tabulæ domino, poterunt intelligi, ſi pictura venalis ſit: quo caſu dominus tabulæ haud dubiè poterit efficaciter experiri. Illud palam eſt, quòd, ſive is, qui pinxit, ſurripuerit tabulas,

las, ſive alius, competat domino tabularum furti actio. *d. §. 30. in fin.*

35 De SCRIPTURA aliter ſtatutum legimus *in §. 33. h. t.* quæ indiſtinctè cedit chartæ, non ideo, quòd docta quædam oratio, ſeu artificioſum quoddam carmen picturâ ſit deterius; ſed ideo, quia ejusmodi ingenii compoſitiones ſunt inæſtimabiles, nec debent pretiô dehoneſtari *arg. l. 1. §. 5. ff. de extraord. cognit.* idcirco nec dominium propriè dictum tribuunt. *Hub. h. t. num. 42.* (a) Hodie idipſum de ſcriptura, quod de pictura obſervari ajunt. *arg. l. 3. §. pen. ff. ad exhib. Hopp. ad h. §.*

36 Species acceſſionis artificialis mixtæ, ubi & natura concurrit, eſt SATIO, & PLANTATIO: ubi pro regula immota traditur, quòd, quidquid ſeritur, ſeu plantatur, cedat ſoli domino, ſi jam radices egit. *§. 31. h.* Ratio eſt; quia ex ſolo alimenta trahit *l. 26. §. 2. ff. de A. R. D.* ſæpè laud. *Illuſtr. D. Collega de Herz d. c. 4. n. 26.*

TITULUS II.

De Rebus corporalibus, & incorporalibus.

1 PRæter datas ſuperiùs diviſiones aliæ rurſus ſunt res Corporales, aliæ incorporales. CORPORALES dicuntur in *§. 1. h.* quæ tangi poſſunt. INCORPORALES, quæ tangi non poſſunt. *§. 2. h.* Eſt hæc definitio ex Stoicorum Schola. Stoicis duplex rerum genus erat; unum earum, quæ *ſunt*, & alterum earum, quæ tantùm *intelliguntur*. *Eſſe* dicebantur, quæ cerni, tangíve poſſunt, ùt fundus, domus, veſtis. *Non eſſe*, ſed tantùm intelligi, quæ nec cerni, nec tangi poſſunt. *Cicer. 5. topic.* Accuratiùs illæ dicuntur RES: hæc JURA. *Heinec. Antiq. Rom. ad h. t.* Hinc etiam faciliùs intelliges, cur pecunia, quæ manibus tangi poteſt, & ideo rebus corporalibus annumeratur in *§. 1. h.* nihilominus in *l. 46. de condict. indeb. in l. 5. pr. ff. de imp. in rem dot. fact.* ibi: *ubi non ſunt corpora, ſed pecunia.* & in *l. ult. ff. de adim. leg.* clarè iis opponatur: ſi enim conſideretur quoad materiam, res eſt corporalis, ſi quoad valorem, incorporalis. Ad res itaque incorpora-

 les,

(a) Ne tamen ſcripturæ Author hoc prætextu defraudaretur, remedio extraordinario juvabatur, *arg. d. l. 3. §. pen. ad exhib.* cùm enim charta ſcripturæ ideo cedere non potuerit, quia ſcriptura non cenſetur eſſe ſub dominio, vel ſaltem pretio æſtimabilis, non poterat vindicari. At quid implicabit, partum meæ induſtriæ (quidquid ſit de æſtimatione) ad me tanquam authorem ſpectare?

les reducitur I. Pecunia in ſenſu expoſito conſiderata. Imò II. Omnes res fungibiles, ſi conſiderentur in genere, ùt quantitates *vid. l. 30. pr. & §. 6. de leg. 1. l. 94. §. 1. ff. de ſolut. & notabiliter leg. 1. ff. de contr. empt. vend.* III. Hæreditas ùt jus ſpectata, eſto in ſe comprehendat plures res corporales. *§. 2. h.* IV. Servitutes tum reales, tum perſonales omniáque jura *d. §. 2. & 3. h.* unde, eſto, domus, fundus, res ſint corporales, tamen dominium, vel actio, quam habeo ad has res petendas, eſt quid incorporale.

2 *Res corporales* ſunt vel Mobiles, vel Immobiles. MOBILES, quæ ſanæ, & ſalvæ de loco in locum moveri poſſunt, ùt annulus, liber: quò etiam ſpectant illæ, quæ de ſe, & ab intrinſeco ſe movent, ſcilicet res viventes, ùt *ſervi*, *animalia*. IMMOBILES, quæ de loco in locum ſanæ, & ſalvæ moveri non poſſunt; & illæ ſunt vel ex natura ſua tales, ùt fundus, domus, vel ex accidenti, ſeu civiliter, & quidem aut jure *Acceſſionis*, quatenus rebus immobilibus acceſſoriè cohærent, ùt fructus pendentes; arbores fundo cohærentes, aut jure *Deſtinationis*; ùt ſunt res de ſe quidem mobiles, ſed perpetui uſûs causâ ad res immobiles, earúmque uſum, ſeu ornamentum deſtinatæ; veluti horologia affixa, piſces generationis causâ in ſtagnum conjecti, ſterquilinia, de quibus omnibus videri poſſunt. *l. 13. §. fin. l. 14. 15. 16. 17. §. 10. & 11. l. 18. §. 1. ff. de A. E. V.* Huc etiam ſpectant probabiliùs molendina navalia, atque pnevmatica Schiff- und Wind-Mühlen: cùm de ſe uſum non præſtent, niſi affigantur terræ. *Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. t. num. 3. & 4.*

Interrogas, quò ſint reducendæ actiones? Actiones utpote res incorporales propriè, nec ad res mobiles, nec ad immobiles poſſunt referri, ſed jure objecti ſunt æſtimandæ, ita, ut actio, quæ tendit ad rem mobilem, mobilibus, quæ ad rem immobilem, immobilibus ſit annumeranda: qui enim actionem habet, ipſam rem habere intelligitur. *Obſervandiſſ. D. Coll. de Herz de Cive Beat. p. 1. cap. 4. num. 7.* ubi egregiè Voëtium, qui actiones perſonales indiſtinctè ad res mobiles reducere conatur, refutat.

3 De pecunia deſtinata, ſeu depoſita ad res immobiles comparandas dubitatur, num ſit recenſenda ad res immobiles. Ratio dubitandi præcipuè eſt, quòd pecunia de ſe ſit res mobilis, ùt cuilibet notum eſt, & inſuper patet ex *l. 79. §. 1. ff. de leg. 3. l. 24. C. de admin. tut. nov. 22. c. 45. §. 2. & 3.* ubi autem de veritate conſtat, non eſt ad fictionem confugiendum: nec etiam ſola deſtinatio ante actualem applicationem immutat naturam rei. Inde eſt, quòd pecunia ſola deſtinatione ad ſocietatem, niſi accedat actualis collatio, non fiat communis *l. 58. §. 1. ff. pro ſoc.*

Digitized by Google

ſoc. Idem de aliis rebus dicendum, probat *l. 41. §. 14. & 15. ff. de legat. 1. & l. 17. §. 5. 10. & 11. de A. E. V.*

Verùm ſententia contraria ex eo redditur ſatis probabilis, quòd pecunia, eſto de ſe ſit res mobilis, vel maximè tamen, & æquè principaliter (quod in aliis rebus non procedit) debeat conſiderari ſecundùm valorem *l. 1. ff. de contr. empt. vend.* conſequenter illa deſtinatio, ſeu depoſitio jam facit, ut ſpectari debeat, tanquam menſura rei immobilis. Deinde, ſi deſtinationi nihil tribuere volumus, cur mutua deſtinatio omnium bonorum ad ſocietatem rem communem facit? *l. 1. & ſeqq. ff. pro ſoc.* cur deſtinatio pecuniæ ad prædium comparandum facit, ut illa ſit inalienabilis, & tutor ex ea ſibi ſolvere non poſſit? *l. 3. §. 6. ff. de contr. tut. & util. act.* quod tamen aliàs eidem eſſet permiſſum: cur aliæ etiam res de ſe mobiles ex ſuprà dictis ad uſum rei immobilis deſtinatæ habentur juridicè pro immobilibus? Neque deerunt Patronis hujus ſententiæ ad contraria reſponſiones: ſiquidem, etiamſi pecunia materialiter conſiderata ſit res mobilis; cùm tamen etiam ſecundùm valorem, & quidem æquè (ſi non magìs) principaliter ſit conſideranda, valor autem tanquam res incorporalis ſit deſtinatus ad rem immobilem, fiátque ejus menſura, erit pariter ùt res immobilis judicandus, adeóque immutatur, vel potiùs magìs ſpecificè determinatur natura pecuniæ, aliàs vaga, & de ſe tanquam menſura omnium rerum, quodammodo indifferens; quod de aliis rebus dici non poteſt: hinc etiam in iis deſtinatio non ſtatim tantum operatur, quantum in pecunia. *Lex 58. §. 1. ff. pro ſocio* non videtur facere ad rem; quia ibi non conſtat, quòd ante collationem intervenerit communis conſenſus ad faciendam rem communem neceſſarius. Ibi: *Si verò ante collationem poſteaquam eam NB. deſtinâſſes.* En conſenſum tantùm unilateralem. vid inſuper *Clariſſ. D. D. Franz p. m. d. l. n. 7. D. D. Gletle p. 1. ſelect. quæſt. 12. n. 3.* (a)

Sunt denique aliæ Dividuæ; aliæ Individuæ. *Dividuæ*, quæ utiliter per partes præſtari poſſunt, & ſunt vel *natura tales*, quæ ſcilicet conſtant quantitate, veluti vinum, oleum, frumentum, vel partibûs homogeneis, id eſt ejusdem rationis, ùt fundus: vel *juris intellectu*, ùt res, quæ partibûs heterogeneìs conſtant, veluti equus, bos. *l. 54. ff. de V. O.* *Individuæ*, quæ neque *naturâ*, nec jure dividi poſſunt, ſeu quæ 4

præ-

(a) Notari hic velim, non ſufficere qualemcunque deſtinationem imperfectam, & quaſi fortuitam fortè ad prædium Sempronianum emendum, ita ut ſi emptio illa caſu aliquo ſuum effectum conſecuta non ſit, debeat jam eſſe abſolutè immobilis, nec poſſit ad alios uſus converti; ſed de deſtinatione abſoluta, & perfecta ad rem immobilem, ſive hanc, ſive illam adeóque in genere (id eſt ſine determinatione) comparandam, accedente inſuper aliquo actu phyſico, ſeu externo v. g. depoſitione in certum locum. vid. *l. 17. 5. §. 7. 10. & 11. de A. E. V. l. 242. in fin. ff. de V. S.*

præſtationem partialem non admittunt: quò pertinent ſervitutes *Reales. l. 2. §. 2. l. 72. ff. de V. O.* Item ex perſonalibus *Uſus l. 19. ff. de uſu & habit.* Nec non facta nuda, & ſimplicia *d. l. 2. §. 5.* Uſus hujus obtinet præcipuè in materia ſtipulationum: individuæ ſiquidem ſtipulationes transeunt ad hæredes in ſolidum, dividuæ pro portione hæreditaria *laud. Clariſſ. D.D. Coll. de Herz l. ſuprà cit. num. 12.*

TITULUS III.

De Servitutibus (a) *Prædiorum.*

A Rebus incorporalibus in genere deſcendit Imperator ad præcipuas earum ſpecies, nimirum ad ſervitutes tum Reales, tum Perſonales. Modò de realibus: de perſonalibus agendum *tit. ſeqq.*

§. I.

De Servitutibus in genere.

1 SErvitus hic à ſerviendo dicta *eſt jus in re aliena conſtitutum, vi cujus libertas domini ita minuitur, ut teneatur in ſuo aliquid pati, vel omittere, quòd aliàs poſſet facere.*

Dictum fuit *jus in re aliena:* quæ verba duo indicant I. quòd ſervitus ſit ſpecies realis; quia rem ſervientem ſubjectam facit, & id, quod ſervit, ſemper res eſt. II. quòd ſerviens debeat eſſe in re aliena: res enim propria nemini ſervit *l. 5. pr. ff. ſi uſufr. pet.* Dictum fuit: *vi cujus Dominus* (prædii ſervientis) *tenetur pati, vel omittere:* per quod innuitur, quòd ſerviens ex natura ſervitutis non debeat aliquid facere, ſed tantùm aliquid pati, vel omittere *l. 15. §. 1. ff. de ſervit.* Ratio hujus eſt; quia has ſervitutes non homo, ſed res debet *l. 6. §. 2. ff. ſi ſervit. vind.* Res autem non facti, ſed tantùm (ſit verbis venia) paſſionis, vel omiſſionis capax eſt.

Quid, ſi fuerit conventum, ut dominus ſerviens aliquid faciat? valebit per modum pacti, non item ſervitutis.

At,

(a) Servitutes diverſimodè ſumi, exinde patet, quòd vel perſona perſonæ, uti dictum in *Lib. 1.* vel res perſonæ, ùt in uſufructu; vel res rei, uti in ſervitutibus realibus; vel etiam perſona rei; ùt in ſervis glebæ addictis (de quo vid. *l. 44. ff. de manum. teſt. l. 71. §. 2. ff. de C. & D. tot. tit. Cod. de agricol. & cenſit.*) ſervire dicatur. His *ſeqq. titt.* agitur de iis, ubi res ſervit, vel rei, vel perſonæ.

At, inquis, quid intereſt, utrùm valeat per modum pacti, vel ſervitutis? Multùm: nam ſi valeret ejusmodi conventio per modum ſervitutis; hoc onus, utpote reale, tranſiret unà cum re ipſa ad quemcunque poſſeſſorem *l. 23. §. 2. & 3. ff. de S. P. R. arg. l. 5. §. 1. ff. ſi uſuſfr. pet.* ſi autem tantùm ſuſtinetur per modum pacti, ſtringit ſolummodò promittentem, ejúsque hæredes; quia pactum non rem, ſed perſonam afficit.

Rogas ulteriùs, utrùm non poſſit imponi ſervitus ad faciendum per modum pacti realis? Etiam hoc negamus ex ratione jam data: quia ſervitutes prædiales, de quibus hic nobis ſermo, non homo, ſed res debet: res autem facti præſtandi non eſt capax.

Si dicas: ſufficit, quòd pactum illud reale ita rem afficiat, ut quilibet ejus poſſeſſor ad factum illud præſtandum teneatur: Monſtrum juridicum dicis; ſi enim perſona, ſeu poſſeſſor debet, non ampliùs erit ſervitus prædialis, ſed perſonalis, vel certè mixta. Deinde etiam hoc negamus, poſſe quem per pactum reale tertium obligare ad aliquid faciendum (a): inauditum enim eſt, ex pacto etiam reali immediatè oriri actionem realem, eſto, pariat realem exceptionem *l. 17. §. 5. ff. de pact.* vid. *Stryck. V. M. P. de ſervit. §. 3.* ubi admittit quidem, poſſe hodie per tertium ſervitutem acquiri, hoc tamen non concedit, poſſe promiſſorem obligare tertium ad aliquid faciendum. *addatur Hub. ff. de ſervit. n. 5.* Et quamvis in ordine ad operas ruſticorum, vel etiam alias ſervitutes in faciendo conſiſtentes à quocunque rei poſſeſſore præſtandas videatur *laud. Stryck.* à ſeipſo diſſentire in *§. 5. ibid.* dici tamen poterit, ejusmodi ſervitutes non oriri ex pacto ſpeciali, ſed generali, ſeu tacito; quatenus quilibet novus poſſeſſor ſciens ejusmodi onera, & rem recipiens implicitè ad illa præſtanda ſe obſtringit.

Dividuntur ſervitutes in Reales, & Perſonales. *Reales* ſunt, quando res rei ſervit. *Perſonales*, quando res perſonæ ſervit. 2

Reales rurſus aliæ ſunt Urbanæ, aliæ Ruſticæ. *Illæ* debentur prædio Urbano, *Hæ* Ruſtico, *l. 1. de ſervit.* adeóque non prædia à ſervitutibus, ùt malè putat *Hub. n. 2.* ſed ſervitutes à prædiis ſunt denominandæ: ſiquidem ſervitutes ſunt qualitates prædiorum, conſequenter quid acceſſorium: hinc ipſas à prædiis, tanquam à ſuo principali, non

Mm præ-

(a) Hic, ùt video, ſubſiſtis! Nónne, inquis, pactum pignoris afficit ipſam rem, ſtringítque poſſeſſorem quemcunque, ut actione reali (hypothecaria) conventus illam reſtituat? Negamus, bona venia, actionem realem oriri ex pacto: oritur hæc ex jure in re, quod mediante pacto, Prætore adſtipulante, in creditorem transfertur. Nec jus hoc pignoris ſtringit ad factum aliquod præſtandum. Stringit, ſubinferes, ad rem creditori reſtituendam. Reponimus vel hoc eſſe per accidens; vel planè negamus, cùm poſſit poſſeſſor ſe habere negativè, & expectare executionem, ita ut per ſe & directè ad factum traditionis non poſſit cogi. Imò traditio impropriè factum dicitur.

prædia à ſervitutibus, tanquam à ſuo acceſſorio denominationem deſumere, juris, & rationis eſt.

Dices *cum Huber*, denominationem deſumi debere ab eo, quod magis conſtat: ſed magis conſtat, quænam ſint ſervitutes ruſticæ, & urbanæ, utpote quæ numerantur in *pr. §. 1.* & *2. b. l. 2. l. 15. de S. P. V.* quàm quænam prædia ſint urbana, vel ruſtica. Sed fallitur Author Clariſſimus: nam ſi vel ſola *l. 2. ff. de S. P. V.* cum *l. 2. ff. de S. P. R.* conferatur, ſtatim apparebit, ſervitutem altiùs tollendi, & officiendi luminibus, quæ in *l. priori* numerantur inter urbanas; *in poſteriori* recenſeri inter ruſticas, jungatur *l. 20. §. 1. ff. de S. P. V.* ubi ſervitus itineris, actûs aliàs ruſticæ inter urbanas numerantur, ſcilicet quia prædio uſum urbanum habenti debentur. Quænam autem ſint prædia urbana, quænam ruſtica, ſatis conſtat ab uſu, à quo ſunt deſumenda, ita, ut, ſi ordinentur ad uſum urbanum v. g. ad habitandum, recreandum, ſint urbana, ſi ad uſum ruſticum, veluti ad agriculturam, arandum, ſerendum, ſtercorandum, ſint ruſtica. *Urbana familia*, ait Pomponius in *l. 166. ff. de V. S. non locô, ſed genere* (intellige usûs) *diſtinguitur.* Conſonant verba Ulpiani in *l. 198. ff. eod.* ibi: *quia urbanum prædium non locus facit, ſed materia* (utique non ex qua, cùm utrobique ſint ligna, & lapides, ſed circa quam, ſcilicet uſus) Conſentiunt *Diocletianus*, & *Maxim. in l. 16. ff. de præd.* & *aliis reb. min.* ibi: *ſi prædium ruſticum vel ſuburbanum, quod ab urbanis non locô, ſed qualitate* (videlicet usûs) *ſecernitur.* (a) Ex quibus patet, neque illorum ſententiam eſſe meliorem, qui autumant, omnia ædificia eſſe urbana, ſive in-ſive extra urbem ſita ſint, & viciſſim omnia loca vacua eſſe ruſtica: (b) nam hoc tantùm verum eſt, in

(a) Ait inſuper *Hub. d. l.* Certum eſt, naturalem ruſtici, & urbani prædii ſignificationem mutari hîc ob ſervitutes: vult dicere prædia non alia de cauſa dici ruſtica, vel urbana, niſi ob ſervitutes, quæ illis cohærent. Verùm egregiè fallit, & rurſur fallitur hic diſcurſus, cùm juxta doctrinam ipſius Huberi *ibid.* prædia ſint ante adventum ſervitutum de ſe jam ruſtica, vel urbana. Prædia, inquit, cùm ſint ruſtica vel urbana; hinc ſervitus prædialis perinde ruſtica, vel urbana dicitur; illa ruſtico, hæc urbano prædio debetur. *l. 1. ff. de ſervitut.* Ita ille. Quis aliter ex hoc diſcurſu inferre poterit, quàm ſervitutes fieri ruſticas, vel urbanas ex eo, quod debeantur prædio ruſtico vel urbano? An aquæ ductus amœnitatis causâ competens, de quo fit mentio *in l. 3. pr. de aqua quot.* erit ſervitus ruſtica? Accedit, quod ſtante ſenſu Huberi, non deberent dici ſervitutes prædiorum urbanorum, vel ruſticorum, adeóque ſervitutes importari in obliquo; ſed potius dicendum foret: hæc prædia ſunt ſervitutum urbanarum, vel ruſticarum, & ita ipſa prædia in obliquo efferenda, ſensûsque omnino, & ita invertendus: prædia ruſtica ſunt, quæ ſubſtant ſervitutibus ruſticis & urbana urbanis: conſequenter dividenda prædia à ſervitutibus, non ſervitutes à prædiis.

(b) Dices: Hæc poſitio jam dudum eſt deciſa rum à Triboniano *in §. 1.* ibi: *quoniam ædificia OMNIA URBANA PRÆDIA appellamus, etſi in villa ædificata ſint.* Tum

in quantum eorum uſus ruſticus, vel urbanus eſt, nec ultra. Unde ædificium erit ruſticum, ſi ejus uſus ruſticus ſit, & locus vacuus urbanus, ſi uſum urbanum, v. g. ad recreandum, præbeat.

Nec obeſt *l. 4. §. 1. ff. in quib. cauſ pign. vel hypoth. tacit.* ubi ſtabula, quæ non ſunt in continentibus ædificiis, ideo ruſtica eſſe dicuntur, quia ab ædificiis ſunt ſeparata: Nam Neratius loquitur de ſtabulis, quæ tam locô, quàm uſu ab ædificiis, ſeu prædiis urbanis ſeparata ſunt: hoc eſt, quæ ad recipienda pecora noctu, ut de manè maturiùs ad paſcua, vel labores reverti poſſint, deſtinata ſunt. Vid. plures objectiones apud *Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. t. n. 9.*

Servitutes Reales ſunt ulteriùs aliæ Continuæ, aliæ Diſcontinuæ; *Continuæ* quæ ſemel conſtitutæ ſemper durant, & actu ſunt utiles absque eo, quòd intercedat factum hominis, uti patet in ſervitute oneris ferendi, in qua, poſtquam paries ſemel poſitus eſt, ſemper ſine ulteriori facto meas ædes ſuſtinet; hujus generis ſunt pleræque ſervitutes urbanæ. *Diſcontinuæ*, quæ, eſto ſint conſtitutæ, actu tamen non ſunt utiles, niſi intercedat factum hominis, ùt *Iter, actus, via*, aliæque (ſaltem regulariter) ſervitutes ruſticæ.

Unde advertis, hanc diviſionem non deſumi ab actu primo, ſeu potentia utendi, cùm hoc ſenſu omnes ſervitutes ſint continuæ; ſemper enim dominans poteſt ſua ſervitute uti, ſed ab actu ſecundo, ſeu ab actuali utilitate.

Sunt denique aliæ affirmativæ, aliæ Negativæ. Vi *Illarum* poſſumus aliquid in alieno, vel communi facere v. g. ire, agere. Dixi: *vel communi;* nam licèt in re communi ſim condominus, non poſſum tamen alterô invitô ultra uſum rei, ad quem eſt deſtinata, aliquid facere, cùm in re communi melior ſit conditio prohibentis *l. 28. ff. com. divid.* Vi *Harum* tenetur dominus ſerviens aliquid omittere, quod aliàs poſſet facere E. C. altiùs non tollere, luminibus non officere &c.

Cauſa efficiens ſunt modi, quibûs ſervitus conſtituitur. Conſtituitur autem vel à lege, vel ab homine. A lege, & quidem naturali 3
impoſitum eſt fundo inferiori, ut aquam à ſuperiore defluentem reci-

Tum ab Ulpiano *in l. 198. ff. de V. S. urbana prædia*, inquit, *OMNIA ÆDIFICIA accipimus, non ſolùm ea, quæ ſunt in oppidis, ſed &, ſi forte STABULA SUNT, vel alia meritoria in villis & in vicis.* Quid clariùs? Textus, fateor, ſat ſunt clari, ſed cœcutias, vel ſubdolè agas, oportet, ſi limitationem, quam ipſe JCtus *in d. l.* ſubnectit, diſſimulas. Pergit enim: *vel ſi Prætoria VOLUPTATI TANTUM* (en uſus præcisè urmus) *deſervientia.* Quis non videt, dicta priùs reſtringi, ſi uſus ſit urbanus. An ignoramus, *urbanam familiam, & ruſticam* (idem de aliis) *non locum, ſed uſum facere l. 166. ff. d. t.*? vid. *Heinec. Ant. Rom. h. t. §. 1.* Num loca illa, quæ memorantur *in l. 13. §. 4. de uſufr.* & certè poſſunt eſſe ædificiis vacua, erunt ruſtica?

piat *l. 1. §. fin. l. 2. pr. ff. de aqua & aquæ pluv. arc.* dummodo dominus ſuperioris agri illam non corrumpat, & immittendô ſordes deteriorem faciat, ùt *arg. l. 12. C. de re militari* ſapienter monet *Clariſſ. D.D. Rackovviz Diſſ. de ſervitut. c. 3. n. 5.* A lege poſitiva imponitur vicino, ne ita ædificet, ut ventum idoneum ad paleas à frugibus ſeparandas vicino impediat in *l. ult. §. un. C. de ſervit. & aqua.* Ab homine conſtituitur vel *Publico*, nimirum à Judice in Judiciis diviſoriis, de quibus videri poteſt *l. 22. §. 8. ff. fam. erciſc.* vel *Privato*, & quidem rurſus voluntate expreſsâ, aut tacitâ. *Expreſsâ* conſtituitur dupliciter. I. per actus inter vivos ſcilicet per pactiones, & ſtipulationes *§. ult. h.* quibûs tamen potiùs promittitur, quàm conſtituitur: propriè enim conſtituitur uſu, & patientiâ, ſeu prohibitione, & acquieſcentia. Revideantur dicta *de rerum diviſ. part. 2. ſect. 1. num. 8.* unde, ùt optimè docet *Hub. h. n. 15.* pactiones (contractibûs ſubſequentibûs firmatæ) & ſtipulationes dici debent *cauſæ remotæ:* uſus, & patientia verò *proximæ;* Ex promiſſione, ſeù contractu prævio tantùm oritur jus ad rem, & exinde actio perſonalis tantùm competens contra promittentem, & hæredes: Ex ſervitute jam conſtituta deſcendit actio realis confeſſoria, & negatoria, quæ datur contra quemcunque poſſeſſorem *arg. l. 5. §. 1. ff. ſi uſusfr. pet.* II. conſtituitur expresſè per actus ultimæ voluntatis, nimirum per donationem mortis causâ, per legatum, quibûs caſibûs jus illicò à morte defuncti tranſit in legatarium, ut actione reali experiri poſſit *arg. l. 19. §. 1. ff. quemad. ſervit. amitt. & l. 64. ff. de furt.* Poſſeſſio tamen ſervitutis actione perſonali ex teſtamento ab hærede petenda eſt; nec debet legatarius eam propria authoritate occupare. *l. 1. §. 2. l. 2. ff. ſi uſusfr. pet. l. 1. §. 2. ff. quod legat.*

4 *Voluntate tacitâ* pariter duobûs modis ſervitus conſtitui poſſe videtur, videlicet *Factô*, & *Lapſu temporis.* De ſervitute factô conſtituta habetur caſus notabilis in *l. 15. §. 1. ff. de uſu, & uſufr. leg.* ubi, qui duos fundos habebat, unum legavit, & alterius uſumfructum alii. Hoc caſu, ſi uſufructuarius viam alibi habere non poſſit, quàm per fundum legatum, debet ei concedi tranſitus. vid. inſuper *l. 10. ff. de S. P. V. juncta l. 30. ff. de uſufr.* Addatur *Nicol. Hertius integ. diſput. de ſervit. fact. conſt. (eſt in vol. 1. §. 3.)* In dubio tamen ejusmodi ſervitus non præſumitur, uti innuunt textus æquè notabiles in *l. 30. & 36. ff. de S. P. V. l. 7. & 10. ff. com. præd. l. 1. ff. de ſervit. leg.* *Lapſu temporis* conſtituitur ſervitus per præſcriptionem, & quidem 10. ann. inter præſentes, & 20. inter abſentes *l. ult. in fin. C. de præſcript. long. temp.* Id quod de ſervitutibus continuis in confeſſo eſt. De diſcontinuis cum *Berlich. part. 2. concl. 6. n. 12.* qui à quodam *Clariſſ. p. m.* malè pro contraria allegatur, ſtan-

ſtando in theoria idem contra alios aſſerere non dubitamus: ſiquidem *in l. 10. pr. ff. ſi ſervit. vind.* in terminis habetur, quòd, ſi quis jus aquæ ducendæ (quæ eſt ſervitus diſcontinua) longo tempore *non vi, non clam, non precariò* uſus ſit, habeat actionem utilem, id eſt confeſſoriam, quæ utilis vindicatio dicitur. *arg. l. 3. ff. ſi uſusfr. pet. l. 4. ff. de uſufr. l. 25. ff. de O. & A.* quod hic eò magis procedit, cùm textus ſit poſitus ſub rubrica de actione confeſſoria. Id ipſum habetur de omnibus ſervitutibus indiſtinctè *in l. 1. §. fin. ff. de aqua, & aquæ pluv. arc. & l. 5. §. 3. ff. de itin. act. priv.* Accedit ratio, quòd omnes ſervitutes in actu primo ſint continuæ: diſcontinuitas verò actuum non reddit poſſeſſionem diſcontinuam, cùm hæc deſumatur ab animo *l. 3. §. 7. & 11. l. 6. §. un. ff. de A. vel A. P.*

Non obſtat I. *l. 14. pr. ff. de ſerv. l. 10. §. 1. ff. de uſurp. & uſuc.* ubi expreſsè negatur, ſervitutes ruſticas poſſe præſcribi, quia non habent continuam poſſeſſionem: nam loquuntur textus de uſucapione, quæ in ſervitutibus nec olim (a) nec hodie propriè procedere dicitur, cùm uſucapi propriè dicantur res corporales: aliàs textus ipſis Adverſariis erunt ſolvendi, quia generaliter, & etiam in continuis uſucapionem negant, ibi in *d. l. 14. Idem in ſervitutibus prædiorum urbanorum obſervatur.*

Neque obſtat II. decantata *l. foramen 28. ff. de S. P. V.* quia ibi non negatur ſimpliciter, ſervitutes diſcontinuas acquiri tempore, ſed tantùm dicitur, non eſſe ſervitutem fluminis, nec quà talem poſſe tempore acquiri, ſi in eum locum nihil de cœlo aquæ veniat, ſed requiratur factum hominis ad aquam illuc portandam, quod deſtruit naturam ſervitutis fluminis, quæ factum hominis reſpuit. Interim, uti non ignoramus praxim contrariam, de qua *Stryck. de ſervit. §. 6.* ita miramur, quòd Pragmatici in ſervitutibus diſcontinuis per ſaltum ſtatim à præſcriptione ordinaria ad immemorialem, omiſsâ extraordinariâ, tranſitum ſe-

(a) Antiquiſſimis temporibus ſervitutes nullatenus uſucapi poterant, quia ad uſucapionem opus erat poſſeſſione *l. 25. ff. de uſurp. & uſuc.* poſſeſſio autem in ſervitutibus, tanquam rebus incorporalibus, locum non habere videbatur *l. 32. in f. ff. de S. P. V. l. 43. ff. de A. R. D.* Cùm autem ſaltem quaſi poſſiderentur, invecta fuit uſucapio ſervitutum, præſertim ruſticarum, *Heinec. ubi ſuprà §. 6.* Quoniam verò ejusmodi uſucapio antiquæ Jurisprudentiæ principiis adverſari exiſtimaretur, Lege Scribonia (à Scribonio Conſ. dicta) uſucapio ſervitutum, utpote odioſa (hinc extinctio admiſſa *l. 32. §. 1. ff. de S. P. V.*) & circa dominium acquirendum verſans, penitus fuit ſublata *l. 4. §. f. ff. de uſurp. & uſuc.* Salva nihilominus ei, qui longo tempore non vi, non clam non precariò poſſederat, actione utili *l. 10. ff. de ſerv. vind.* Quod ſi quis tempore immemoriali poſſederit, ſervitutem quidem nanciſcebatur; At non jure uſucapionis, ſed conſtituti *l. 3. §. 4. ff. d. aq. quot. & aſt.* Vetuſtas enim vices legis obtinet *l. 1. §. f. ff. de aq. & aq. pluv.* Jure Juſtinianeo dicuntur præſcribi *l. ult. C. de præſ. long. temp.*

fecerint: Cui obſervantiæ haud dubiè occaſionem ſubminiſtravit *l. 3. §. 4. ff. de aqua quot. & æſt.* ubi aquæ ductus acquiri dicitur, ſi origo memoriam hominum exceſſit. Sed quis non videt ex eo, quòd hic ponatur tempus ſummum, non excludi per hoc tempus brevius. (a)

5 Hanc controverſiam ſubſequitur difficilior, utrùm nimirum in præſcriptione ſervitutum ordinaria requiratur titulus, id eſt, utrùm præſcriptionem obtendens probare debeat, ſibi ſervitutem fuiſſe donatam, venditam, legatam, vel ex alia cauſa translatam. Ratio affirmandi deſumitur ex *l. 24. C. de R. V.* ubi ratio juris prohibet nullo præcedente titulo dominium quærere. Si reſpondeas, textum intelligendum de præſcriptione rerum corporalium, uti innuit innata terminorum, qui ibi reperiuntur, proprietas: Contra erit, quòd ſervitutes præſcribantur ad exemplum rerum immobilium *l. 2. C. de ſervit. & aqua.* ac eadem obſervari dicantur, quæ in præſcriptione rerum corporalium *l. ult. in fin. C. de præſcript. long. temp. in fin.* Verùm negativa videtur juri conformior ob textum evidentem *in l. 10. ff. ſi ſerv. vind.* ibi: *Si quis diuturno uſu, vel longa quaſi poſſeſſione jus aquæ ducendæ nactus ſit; NB. non eſt ei neceſsè docere de jure, quo aqua conſtituta eſt, veluti ex legato, vel alio modo; ſed utilem habet actionem, ut oſtendat, per annos forte tot uſum ſe non vi, non clam, non precariò poſſediſſe.* Quæ ſententia vel maximè procedit, quando fundus ſerviens poſſidetur à non domino; quòd enim in ordine ad præſcriptionem non requiratur titulus à vero domino, ex eo plus, quàm certum eſt; quia titulus à vero domino procedens potiùs excludit, quàm operatur præſcriptionem; cùm vi ipſius tituli ſervitus jam ſit conſtituta. *arg. §. 40. de R. D. cit. D. D. Franz p. m. h. num. 37.*

Neque huic opinioni refragantur textus contrarii: Nam *l. 24.* manifeſtè loquitur de præſcriptione rerum corporalium. Equidem rei vindicatio, ſub cujus rubrica textus jacet, non obtinet, niſi in rebus corporalibus: *dominium quærere, poſſidere, uſucapere* pariter ſunt termini rebus tantùm corporalibus competentes. Quòd autem in rebus corporalibus opus ſit titulô, evincit præjudicium, quod priori domino infertur, quatenus eidem res tota aufertur, & præſcribenti acquiritur: quod non contingit in præſcriptione ſervitutum; ubi ille, contra quem præſcribitur, manet rei dominus, & tantùm illius libertas quodammodo minuitur. Unde jura ſtatuerunt, ſufficere diuturnum uſum; hinc comparationes, quæ à ſervitutibus ad res corporales fieri ſolent, ſunt tantùm

(a) Accedit, quòd iſte textus ſupponat pro eo tempore ac ſtatu, ubi uſucapio, ſeu præſcriptio erat adhuc prohibita, ut mox notavimus. Sanè *l. 3. & 4. C. de præſc. 30. vel 40. ann.* rem clariùs circa omnes actiones decidunt; quapropter hanc praxim vix ab abſurdo vindicabis. Cæterùm, ut quis conſtituatur in poſſeſſione, requiri videtur, ut non infra 30. dies uſus ſit. *arg. l. 1. §. 2. ff. de itin. act. priv.*

Digitized by Google

tùm intelligendæ quoad tempus, non quoad titulum. At quomodò ſine titulo poterit præſcribens eſſe in bona fide? Si fundum v. g. emat (idem de aliis titulis) ac in fundo emptor veſtigia itineris, quo fortè anteceſſor precariò uſus fuerat, inveniat; poterit hìc optimâ fide credere, fundo competere ſervitutem itineris, illáque uti, & ita longo tempore præſcribere.

Dices, hunc eſſe caſum excogitatum, atque extraordinarium, adeóque pro regula non venditandum, ut ſufficiat ad ſalvanda communia juris principia. Sit caſus extraordinarius (quod tamen abſolutè dici non poteſt) ſaltem habemus per ſe loquendô ad præſcriptionem ſervitutum, opus non eſſe titulô, dummodo ex alio capite poſſit haberi bona fides. Et hanc ſententiam defendit cum aliis quos citat, *Clariſſ. P. Collega Böckhn tr. de Præſcript. p. 2. diſſ. 6. art. 1. n. 4.* Ex his facilè deduces, neque requiri, ùt verior docet ſententia, ſcientiam domini, contra quem præ- 5 ſcribitur, cùm ſufficiat uſus longævus non vi, non clam, non precariò exercitus *d. l. 10. ff. ſi ſervit. vind. l. 1. §. 1. ff. de aq. & aq. pluv. l. 5. §. 3. de itin. actúque priv.* adeóque patientia illius negativa. Dicitur quidem *in l. 2. C. de ſervit. & aq.* illum præſcripſiſſe, qui *ſciente domino* ſervitute uſus eſt; ſed per hoc non negatur præſcriptio in caſu contrario.

Ratio methodi poſtulat, ut videamus, quisnam poſſit ſervitutem 6 conſtituere, & acquirere. Conſtituere poteſt dominus prædii ſervientis: Dominus, & quidem plenus *arg. l. 6. in fin. pr. l. 8. ff. com. præd.* Dominus minùs plenus nec Directus poteſt, niſi quando non præjudicat domino utili *arg. l. 17. ff. de S. P. R.* neque de rigore juris Utilis *arg. 2. feud. 8. verſ. è contrario.* Si tamen domini utiles conſtituerint, ex æquitate ſuſtinetur. Et quidem de vaſallo deſumitur argumentum ex *2. feud. 8. verſ. quid ergo.* de Emphyteuta, & ſuperficiario ex *l. 1. pr. quib. mod. uſufr. amitt. l. 1. §. ult. ff. de ſuperf.* ubi ſervitus conſtituta ſuſtinetur, & tamdiu ſolummodo durat, quamdiu durat dominium utile, ac ita reſolutô jure dantis, reſolvitur jus accipientis: Maritus tamen nullo modo poteſt fundo dotali imponere ſervitutem *l. 5. ff. de fund. dot.* Neque poteſt nudæ proprietatis dominus in fundo uſufructuario, ſervitutem concedere niſi talem, quâ fructuarii conditio non fit deterior *l. 16. ff. de uſufr.*

Quid, ſi uſufructuarius in ſui præjudicium conſentiat? Ratio planè poſtulat, ùt, hoc ſuppoſito, cùm quilibet poſſit favori ſuo renunciare, id liceat. Sed reclamat textus *in l. 15. in fin ff. d. t. Proprietatis dominus, ne quidem conſentiente uſufructuario ſervitutem imponere poteſt.* (a) *Hu-*

(a) Sed quæ prudens ratio? Fortè hæc, quòd conſenſus uſufructuarii, qui tantùm habet jus temporale, non attendatur, cùm ſervitus ſit perpetua. At, ſi hoc, neque diſſenſus oberit? Oberit, dum, ùt ex *l. 16. ibid.* ſupponimus, ei præjudicat.

Digitized by Google

Huber. ff. de ſervit. n. 8. putat, textum hunc explicari poſſe ampliativè, ut ſenſus ſit: proprietatis dominus poteſt ne quidem, id eſt *etiam non*, conſentiente uſufructuario ſervitutem imponere, ſi modò ejus conditio non fiat deterior. Ingenioſè! tu vide ſis, num *textus ſeqq.* hunc ſenſum admittant. Si plures ſint domini pro indiviſo, primùm erit ſervitus conſtituta, quando omnes ceſſerunt, ita, ut ceſſione ultimi reliquæ priores roborentur, & perficiantur. *vid. l. 11. ff. de S. P. R. Hub. ff. com. præd. num. 3.* Ratio eſt: quia ſervitus eſt individua, ita, ut tota ſit in toto, & tota in qualibet parte *l. 13. §. 1. ff. eod.* Acquirere ſervitutem pariter nemo alius poteſt, quàm dominus prædii dominantis *l. 5. ff. com. præd.* ad acquirendum tamen ſufficit dominium minùs plenum: quia hic conditio prædii dominantis fit melior. *vid. Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. t. n. 46.*

7 Forma ſubſtantialis conſiſtit in requiſitis. Requiruntur duo prædia vicina, unum ſerviens, alterum dominans *§. 3. h. l. 1. §. un. ff. com. præd.* poterit tamen fundo futuro imponi, vel conſtitui ſervitus in actu primo, ſeu quod idem eſt, promitti. Ita intellige *l. 23. §. un. de S. P. V.* Debent autem prædia eſſe vicina *§. 4. h. l. 5. §. un. ff. d. t.* Non quidem ſemper vicinitate contiguitatis, ſed uſûs, hoc eſt, quòd ſervitus poſſit eſſe utilis, quamvis prædia non ſint contigua, ſed prædium aliud intermediet; dummodo prædium intermedium non impediat ſervitutem, vel ſervitus non noceat prædio intermedio non ſervienti. *vid. l. 14. §. 1. ff. de ſervit. l. 1. l. 38. l. 39. ff. de S. P. V. l. 7. §. un. l. ult. ff. de S. P. R.* hic opportunè.

Interrogas, num, & quo ſenſu ſervitutes debeant habere cauſam perpetuam? Difficultatem vix non inſuperabilem faceſſere videtur Paulus in famoſa *l. foramen 28. ff. de S. P. V.* ibi: *Foramen in imo pariete conclavis, vel triclinii, quod eſſet proluendi pavimenti causâ, id neque flumen eſſe, neque tempore acquiri placuit. Hoc ita verum eſt, ſi in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat: neque enim perpetuam cauſam habet, quod manu fit; at quod ex cœlo cadit, etſi non aſſiduè fit, ex naturali tamen cauſa fit, & ideo perpetuò fieri exiſtimatur. Omnes autem ſervitutes prædiorum perpetuas cauſas habere debent; & ideo neque ex lacu, neque ex ſtagno concedi aquæ ductus poteſt. Stillicidii quoque immittendi naturalis, & perpetua cauſa eſſe debet.* Bone Paule! ſi id, quod manu fit, non habet cauſam perpetuam, nec ſufficit ad ſervitutem: quomodo ergo ſervitus fumi, quæ ignem requirit, & ignis hominis factum, dici poterit ſervitus *in l. 8. §. 5. ff. ſi ſervit. vind.*? Item, ſi ſtillicidium eſt ſervitus ideo, quia habet cauſam naturalem, ſcilicet aquam ex cœlo cadentem, cur non etiam ciſterna, quæ imbribûs (utique de cœlo cadentibûs) concipitur, dicitur habere cauſam perpetuam, quod tamen negatur *in*

l. un.

Digitized by Google

l. un. §. 4. ff. de fonte? Cur ex lacu non poteſt conſtitui ſervitus, cùm tamen lacus ſit, quod perpetuam habet aquam *l. un. §. 3. ff. ut in flum. publ. Huber. ff. com. præd. n. 7.* perpetuitatem cauſæ ita intelligit, ut loci ſervientis conditio ſemper idonea ſit ad uſum ſervitutis, nec ad illum procurandum manu (ſeu factô ſervientis) ſit opus: quò minùs autem hi, quibus ſervitus competit, manus, pedéſque moveant (quod fieri debet in omnibus ſervitutibus diſcontinuis) ad eam exercitandam, nihil vetat, imò neceſſarium eſt. Jam in caſu legis foramen poſitum erat in loco, quò aqua de cœlo cadens pervenire non poterat. Verùm cùm hoc non ſolvat reliquas difficultates mox adductas, vel dicendum, requiri quidem de ſubtilitate, & rigore juris cauſam perpetuam, quòd ſi tamen hæc deficiat, non hoc ipſo conſtitutionem ſervitutis ſtatim carere viribûs, ſed ex fundamento æquitatis eſſe ſuſtinendam. Huic interpretationi facem præbet ipſe *JC. Paulus in l. 9. ff. de S. P. R.* ibi: *ſervitus aquæ ducendæ, vel hauriendæ, niſi ex capite, vel ex fonte, conſtitui non poteſt: bodie tamen ex quocunque loco conſtitui ſolet.* Jungatur Ulpianus *in l. 2. ff. com. præd.* (a)

Forma accidentalis conſiſtit in eo, quòd promitti quidem poſſit 8 ſub conditione, vel ex die v. g. ex Calend. Januarii *l. 98. pr. ff. de V. O.* non tamen conſtitui *l. 4. ff. de ſervit.* conſtituitur enim uſu, & patientiâ: ſemel verò conſtituta, prædióque dominanti competens, avelli ampliùs, vel ſuſpendi (utpote qualitas prædialis) non poteſt: aliter de uſufructu, qui, cùm conſiſtat in facto hominis, facta autem hominis poſſint ſuſpendi, etiam ex die, vel ſub conditione conſtitui valet *l. 4. ff. de uſufr.* Dixi: *avelli.* Unde ſervitus ad diem, vel conditionem v. g. usque ad Calendas Auguſti conſtituta de ſe perpetua eſt, ita tamen, ut pacto contraveniens, & ultra tempus conventum uti volens, exceptione doli mali repelli poſſit. *Clariſſ. D. D. Franz b. t. n. 49. in fin.*

Finis ſervitutum realium eſt utilitas prædii dominantis, quàm unicè hæ ſervitutes reſpiciunt *l. 15. ff. de ſervit.* hinc non valere commercii 9 causâ, docet *l. 5. ff. de S. P. R.* neque voluptatis gratiâ *l. 8. ff. de ſervit.* ibi: *ut pomum decerpere liceat, item, ut ſpatiari, & cœnare in alieno poſſimus* (adde, ùt pila ludere, choreas agere & ſimilia) *ſervitus imponi non poteſt.* quia ejusmodi actus à natura ſervitutis alieniſſimi ſunt: ſiquidem ſimiles uſus Rei, quæ omnis voluptatis, quatenùs hæc eſt animi affectio, incapax eſt, nullô modô poſſunt convenire. Limitandum tamen, ſi ipſum prædium amœnitatis (quæ etiam prædii qualitas dici poteſt) causâ extructum ſit: non enim ignorari poteſt, multa dari prædia ad amœnitatem, & voluptatem deſtinata: quô enim ſpectant porticus ambula-

 to-

(a) Non eſt improbabile, JCtos inter ſe diſſenſiſſe

toriæ, columnæ ſtructiles, de quibus fit mentio in *l. 8. §. 1. ff. ſi ſervit. vind.* Aquæ ductum amœnitatis causâ concedi poſſe, tradit Pomponius *in l. 3. pr. ff. de aqua quot. & æſt.* Dari prædium voluptarium, viridaria, vel geſtationes, vel deambulationes arboribûs infructuoſis opacas, atque amœnas habens, ſupponit Ulpianus *in l. 13. §. 4. ff. de uſufr.* Hic igitur dicendum, in voluptate, ſeu amœnitate conſiſtere utilitatem. Ex his ſimul patet

Effectus proximus in eo nimirum conſiſtens, quòd ſervitutes afficiant ipſa prædia, ac unum deterius, alterum verò melius reddant, ita, ut cum qualitate tum ſerviente, tum dominante tranſeant ad quemcunque poſſeſſorem *l. 23. §. 2. ff. de S. P. R.*

10 Contraria ſervitutum ſunt modi, quibûs amittuntur. Amittuntur autem I.

CONFUSIONE, ſi totalis ſit, ac perpetua. *l. 30. ff. de S. P. V.* ſiquidem res propria nemini ſervit *l. 10. ff. com. præd.* eſt autem confuſio, ſi idem utriusque prædii dominus eſſe incipiat *l. 1. ff. quemad. ſervit. amitt.* Dixi: *ſi totalis ſit.* Nam ſi confuſio fiat pro parte, quoad aliam partem retinetur ſervitus. *l. 8. §. un. ff. de ſervit.* eſt enim tota in toto, & tota in qualibet parte. *l. 13. §. 1. de S. P. R.* Dixi: *perpetua:* ſi enim fiat tantùm ad tempus, quod contingit, ſi alteruter tantùm acquirat dominium revocabile, ea ceſſante, ſervitus reviviſcit. *l. 18. ff. de ſervit. arg. l. 7. pr. & §. 1. ff. de fund. dot.* Ad confuſionem temporalem malè reducitur caſus *l. 9. ff. com. præd.* nam non ideo ibi ſervitus reviviſcit, quia fuit tantùm confuſio temporalis (erat namque de ſe perpetua: nec enim hæres obſtrictus erat hæreditatem diſtrahere) ſed ideo, quia, venditione hæreditatis facta, ipſe emptor hæres cenſetur, & res ſe habet, ac ſi aditio vel confuſio reſpectu veri hæredis nunquam contigiſſet: ſecùs autem foret dicendum, ſi hæres tantùm fundum, non jus hæreditarium vendidiſſet. II. REMISSIONE vel *Expreſſâ*, quæ de ſe patet *l. 14. §. 1. de ſervit.* vel *Tacitâ*, ſeu obliquâ, ſi permittam ſervienti actum cum mea ſervitute incompatibilem. Pone: ſi debenti mihi ſervitutem ſtillicidii permittam ædificium exſtruere. *l. 8. pr. ff. quemadm. ſervit. amitt.* Sanè ſervitus uni remiſſa, non cenſetur (niſi ſit eadem) alteri eſſe remiſſa *l. 21. ff. de S. P. V.* III. REI INTERITU, hoc ipſo enim, quòd ſint qualitates prædiis affixæ, pereunte prædio dominante, vel ſerviente, etiam ſervitutes perire, neceſſum eſt. Quid ſi prædium reſtauretur? ſervitus reviviſcit. *l. 20. §. 2. ff. de S. P. V. l. 35. ff. de S. P. R. l. 14. ff. quemad. ſervit. amitt.* Diverſum legitur de uſufructu in *l. 36. pr. ff. de uſufr.* quia non tantùm libertatem minuit; ſed totam rei utilitatem abſorbet, conſequenter nimis durum domino ſervienti accideret, ſi rem deberet reſtau-

Digitized by Google

ſtaurare, & alter totam utilitatem perciperet. Denique IV. NEGLIGENTIA, ſeu NON USU, ſi nimirum dominans nec per ſe, nec per alium longo tempore utatur. Dixi: *nec per alium:* ſufficit enim per alium uti. *vid. l. 20. & ſeqq. ff. quemad. ſervit. amitt. Longo tempore:* puta 10. annîs inter præſentes, & 20 inter abſentes *l. pen. C. de ſervit. & aqua*, niſi fortè ſervitus tantùm ſit conceſſa alternîs annîs, menſibûs, vel etiam (ùt vult *Clariſſ. D. D. Franz h. t. n. 55.*) ſeptimanîs: tunc enim tempus præſentiæ multiplicatur ita, ut vicenniô, tam inter præſentes, quàm abſentes, extinguatur *l. 7. ff. quemad. ſervit. amitt.* quæ multiplicatio non obtinet inter abſentes, ne detur multiplicatio multiplicationis, neque inter præſentes, ſi alternîs horîs, vel diebûs ſervitus fuerit conceſſa *d. l. 7.* manet enim ſimpliciter una. *vid. Hub. d. t. n. 3.* ubi etiam reſpondet ad *l. 13. ff. de uſu, & uſufr. leg.* quæ huic rationi contraria eſt. (a) Dixi: *non utitur.* Intellige, ſi planè non utatur, vel ſaltem aliô prorſus modô utatur, vel non utatur jure ſervitutis, ſed fortè precariò, vel ùt viâ publicâ *l. 11. ff. d. t.* Aliter diſcurrendum, ſi plus utatur: quia, qui plus utitur, etiam eô, quô debet, modô utitur.

Communiter tamen hic diſtinguitur inter ſervitutes urbanas, & 11
ruſticas: has ſolo non uſu extingui, docent, illas non aliter, quàm ſi dominus prædii ſervientis factum ſuæ obligationi contrarium ponat v. g. in ſervitute tigni, ſi foramen obſtruat. Nos malumus hanc diſtinctionem applicare ſervitutibus continuis, ac diſcontinuis; has ſolo non uſu interire contendimus, ſive ruſticæ ſint, ſive urbanæ, illas econtrà primùm accedente factô illis contrariô. Ex eo enim, quòd urbanæ ſint, vel ruſticæ, ſolida quædam differentia dari non poteſt; ſed hæc diverſitas ex continuitate, vel diſcontinuitate ſervitutis deſumenda. Equidem ſervitutes diſcontinuæ non aliter conſervantur, quàm per exercitium; conſequenter, ſi hoc per tempus à lege præſcriptum ceſſet, ſervitutes iſtæ ſuâ naturâ ruunt, quia non habent, per quod conſerventur: contrà ſervitutes continuæ, cùm ſemel conſtitutæ ex natura ſua ſemper durent, etiam nullô interveniente factô hominis, non extinguuntur, niſi per fa-

(a) Num tempus, quo Anteceſſor ſerviens cœpit ſe liberare, proſit ſucceſſori. Negat Julianus *in l. 32. §. 1. ff. de S. P. V.* Affirmat Paulus in *l. 18. §. 1. ff. quemad. ſervit. amitt.* Ille, dicunt, agit de ſervitutibus urbanis; Iſte de ruſticis: in illis igitur non prodeſt; benè vero in iſtis. At quæ ratio differentiæ? Dic forte meliùs: Tempore Juliani poſſeſſio authoris nec in illis, nec in iſtis proderat. Quod poſteà, ùt ex *§. pen. Inſt. de uſuc.* colligere licet, fuit immutatum. Ad quam mutationem Paulus, qui tempore D. Severi & Antonini viguit, ceu oſtendimus in noſtra *Diſſ. Hiſtor. Leg. ad lib. 1. Pand. tit. 2. Sect. 4. §. 2. n. 28.* tum in *d. l. 18. §. 1.* tum in *l. 2. §. pen. ff. pro empt.* reſpexiſſe videtur, jungatur Ulpianus ejuſdem Pauli coævus *in l. 14. ff. de uſurp. & uſucap.* nec non Juſtinianus in *l. un. C. de uſucap. transf.*

ctum domini ſervientis interrumpantur; ſive deinde ſint ruſticæ, ſive urbanæ; licèt negari non poſſit, ſervitutes urbanas plerumque eſſe continuas, & ruſticas diſcontinuas: interim tamen non deſunt caſus ſervitutis ruſticæ continuæ: uti patet vel ex ſola *l. 6. ff. de S. P. R.* ubi approbatur ſervitus habendi tugurii, quæ, uti certè ruſtica eſt, ita etiam indubitanter numerari debet inter continuas; cùm tugurium ſemper maneat, ſicut paries in ſervitute oneris, vel foramen in ſervitute tigni immittendi. Non ignoramus, diſtinctionem hanc inter ſervitutes ruſticas, & urbanas expreſsè eſſe receptam *in l. 6. ff. de S. P. V.* Sed profectò non alio ex capite, quàm quia ſervitutes urbanæ, uti monitum, regulariter ſunt continuæ, & ruſticæ diſcontinuæ. (a) Placeat notare particulas. Ibi: NON OMNIMODO, id eſt, non ſine diſtinctione. Ex hac autem differentia conſurgit alia notabilis, quòd ſervituti continuæ cum ſcientia juris alieni præſcribi non poſſit: hoc ipſo enim, quòd præſcribens ſciat, ſe alteri debere ſervitutem E. C. tigni immittendi, non poteſt, utpote in mala fide, obſtruendô foramen ſervitutem interrumpere: ſecùs in diſcontinuis: in his enim, quoniam nullum factum præſcribentis requiritur, ſed de ſe ſunt interruptæ, eſto, dominus ſerviens ſciat, ſe ſervitutem debere, nihilominus currit præſcriptio; quia hæc ſcientia præſcribentem non conſtituit in mala fide; cùm ad plus non teneatur, quàm ad exhibendam patientiam, ſi alter debito tempore uſus fuerit, ſi non ſit uſus, ſervitus ſuo pondere evaneſcit.

§. II.

De Servitutibus in ſpecie tum Urbanis, tum Ruſticis.

12 SErvitutes reales alias eſſe Urbanas, alias Ruſticas audivimus ſuprà *n. 2.* videamus, quænam ſint in ſpecie, & quidem priùs de urbanis, inter quas

(a) Reſpondebis, hoc non facere ad rem, quia textus loquitur de caſu, ubi Tugurium ſe habet tantùm acceſſoriè, videlicet, ubi quis *habet ſervitutem paſcui, aut pecoris appellendi, ut ſi hyems ingruat, habeat, quò ſe recipiat;* conſequenter, ſi mero non uſu ceſſet ſervitus paſcui, vel appulſus, quæ ſunt diſcontinuæ, extinguetur pariter ſervitus tugurii. Verùm expectamus implicantiam, cur non etiam poſſit conſtitui ſervitus tugurii in utilitatem prædii ad cuſtodiendos, vel recipiendos interim fructus, aut etiam ex alio fine, fortè ad locanda animalia, vel inſtrumenta ad culturam neceſſaria, principaliter, & per ſe ſubſiſtens, adeóque ſine ſervitute paſcui, vel appulsûs. Profectò ſi ſit tale jus, *quod prædiorum meliorem cauſam efficiat, non eſt dubitandum, quin ſervitus ſit,* inquit JCtus *in d. l. 6. §. 1.* An hìc, ſuppoſito, quòd prædium dominans ſit ruſticum; non erit & ſervitus ruſtica? An non erit continua? Si urbanam dixeris, vix cuidam facies fidem. Si dicas eſſe ruſticam, ſic diſcontinuam: Urget paritas de foramine in ſervitute tigni immittendi, in quo conſervatur ſervitus. Et cur non hic in tugurio?

Digitized by Google

quas recenſetur I. Servitus ONERIS FERENDI, quæ *eſt jus, vi cujus vicinus noſter tenetur pati, ut paries, vel columna in ipſius area, ſeu fundo poſita onus ædium noſtrarum ſuſtineat §. 1. b.* vocant hanc ſervitutem anomalam; cùm in hac contra naturam ſervitutis debeat ſerviens aliquid facere, ſcilicet columnam reficere *l. 33. ff. de S. P. V.* Ratio dari ſolet; quia promittit, ſe perpetuò velle ferre onus: non autem ferret perpetuò, niſi columnam reficere teneretur. *Vinn. b. ad §. 1. num. 3.* ſunt, qui dicunt, hanc obligationem oriri ex ſpeciali pacto, ita, ut, pacto ceſſante, ceſſet etiam obligatio: ſimile quid occurrit de foſſa à ſerviente proprietario reficienda *in l. 2. §. 4. ff. de aq. & aq. pluv. arc. Hopp. ad §. 1. b.* Poterit tamen huic oneri ſe ſubtrahere, ſi velit aream illam deſerere, ùt ait *Labeo ab Ulpiano* relatus in *l. 6. §. 2. ff. ſi ſervit. vind.* cùm cuilibet liceat rem ſuam derelinquere. *arg. §. 47. de R. D.* Recenſetur.

II. Servitus TIGNI IMMITTENDI, *vi cujus vicinus noſter tenetur pati, ut tignum ſeu trabem in illius parietem immittere poſſimus, ut ibi quieſcat. d. §. 1. b. l. 25. pr. ff. de S. P. V.* Hîc igitur non paries alterius areæ imponitur, aliàs eſſet ſervitus oneris ferendi; ſed tantùm trabes alterius parieti immittuntur; quibus tamen poterunt ſuper-imponi porticus ambulatoriæ. *vid. d. l. 8. §. 1. ff. ſi ſervit. vind. Stryck. de S. P. V. §. 3.* Recenſetur 13

III. Servitus projiciendi, vulgò Arcker-Recht, *vi cujus vicinus noſter tenetur pati, ut poſſimus quid ſupra ipſius aream ita provebere, ut tamen in illa non quieſcat. l. 242. §. 1. de V. S. arg. l. 1. in fin. pr. ff. de S. V. P.* Recenſetur

IV. Servitus PROTEGENDI, *vi cujus vicinus tenetur pati, ut tectum, quo ædes noſtræ à pluvia, aut vento defendantur, ſuper illius aream provebatur. d. l. 242. §. 1. ff. de V. S.* Wetter-Dach. Recenſetur.

V. Servitus ALTIUS TOLLENDI, *vi cujus vicinus tenetur pati, ut poſſimus ædes noſtras altiùs tollere, ac exinde intentam utilitatem percipere. arg. l. 2. ff. de S. P. V. & l. 2. ff. de S. P. R.*

Dicet aliquis: poſſum utique ſine ſervitute, videlicet jure naturalis libertatis meas ædes altiùs tollere. *l. 8. C. de ſervit. & aqua l. 14. ff. de S. P. V.* etiam cum incommodo alterius *arg. l. 9. & l. 14. ff. d. t.* juncta *l. 24. §. fin. l. 26. pr. ff. de dam. inf.* (a) domus namque mea à terra usque ad cœlum mea eſt. *l. 24. ff. de S. P. V.* Sit ita, altiùs etiam pro libitu tolle; 14

 non

(a) Niſi fiat ex invidia, puta cum incommodo alterius ſine propria utilitate. *arg. l. 3. pr. ff. de operib. publ. & l. 38. ff. de R. V.* Habet autem præter habitionem varias utilitates; impedit quipue impetum ventorum; proſpectum liberiorem operatur, & proſpectum alterius in noſtrum impedit; umbram, ſi grata ſit, præſtat; luminis reflexionem cauſat &c.

non tamen ſine hac ſervitute obtinere poteris intentam utilitatem, dum fortè ideo altiùs tollere deſideras, ut habeas cœnaculum luminoſius; hanc utilitatem poteſt vicinus tuus, pariter ſuas ædes altiùs tollendô, tibi intercipere: hinc opus habes hac ſervitute vid. notabilis textus in *l. 4. §. 7. ff. ſi ſervit. vind.* (a) ubi luculenter deducitur, hanc ſervitutem conſiſtere in facultate ſuas proprias ædes altiùs tollendi. Si ſubinferas: Ex his ſequitur, ſervitutem altiùs tollendi involvere ſervitutem altiùs non tollendi. non renuimus; interim tamen, quamvis ſervitus altiùs tollendi indirectè importet reſpectu ſervientis obligationem altiùs non tollendi; non tamen viciſſim hæc illam includit, cùm poſſit caſus evenire, ut uterque vicinus non poſſit altiùs tollere, & tunc dabitur ſervitus altiùs non tollendi ſine ſervitute altiùs tollendi. Exiſtimat *Voët. ff. de S. P. V. num. 5.* ſervitutem altiùs tollendi in eo conſiſtere, quòd vicinus teneatur pati, ut ejus parietem altiùs tollam in meum commodum. Verùm ejusmodi ſervitus degenerabit in ſervitutem oneris ferendi, ùt conſideranti patebit, & ex dictis conſtabit, quòd

VI. Servitus ALTIUS NON TOLLENDI *ſit jus. vi cujus vicinus noſter tenetur ſuas ædes in noſtrum commodum habere depreſſas.* vid. *l. 12. & notabiliter l. 21. ff. d. t.* Recenſetur

15 VII. Servitus LUMINUM, *vi cujus vicinus noſter tenetur pati, ut poſſimus in illius, vel communem parietem feneſtram immittere, ut lumen in noſtras ædes delabatur.* Hanc deſcriptionem ſuggerit *Paulus in l. 4. & 40. ff. eod.* In quarum prima ita ait: *luminum ſervitute conſtituta id acquiſitum videtur, ut vicinus lumina noſtra* (id eſt feneſtram) *excipiat.* In altera his verbis ſe explicat: *Eos, qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo jure feneſtras immiſiſſe, reſpondi.* Addatur *Huber. h. num. 13.* Non tamen negamus, poſſe hanc ſervitutem continere facultatem aperiendi etiam noſtram feneſtram cum intenta utilitate, ut alter non poſſit impedire, ne lumen delabatur in noſtras ædes, ùt vult *Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. n. 16.* Recenſetur

VIII. Servitus, ne LUMINIBUS OFFICIATUR, *vi cujus vicinus noſter nihil facere poteſt, per quod lumina noſtrarum ædium minuantur.* Hæc priori eſt pinguior; quia in illa non prohibetur ſerviens altiùs tollere, dummodo feneſtram apertam relinquat: benè verò in hac, cùm nullô modô poſſit luminibus noſtris officere. Imò neque poterit parietem tollere, ſi hôc modô ceſſet ſolis repercuſſio, & ita lumina minuantur *l. 17. §. 2. ff. d. t.* Inde patet, eſſe etiam pinguiorem ſervitute altiùs non tollendi; quia in hac, dummodo non altiùs tollat, poteſt ſerviens

(a) Jungat. *§. 2. de Act.* ibi: *Veluti ſi quis agat jus ſibi eſſe altiùs ÆDES SUAS tollendi.*

viens ædificio viridaria ſuperimponere, *l. 12. ff. eod.* quod ſervitus, ne luminibus officiatur, non patitur. *d. l. 1. pr. ff. d. t.* Recenſetur

IX. Servitus PROSPECTUS, *vi cujus vicinus noſter tenetur pati, ut poſſimus ex noſtro introſpicere in illius aream.* Eſto enim, jure naturali poſſim ex meo undequaque proſpicere, poteſt tamen vicinus interponendô murum, vel quid aliud impedire, ne illuc proſpiciam. vid. *Stryck. cit. loc. §. 17.* Recenſetur

X. Servitus, NE PROSPECTUI OFFICIATUR, *vi cujus vicinus nihil poteſt facere, per quod proſpectus noſter undequaque minuatur, l. 15. ff. d. t.* differunt ſervitus proſpectûs, & ne proſpectui officiatur à ſervitute luminum, & ne luminibus officiatur, quòd in his ſufficiat, ſi cœlum videatur, vel lumen de cœlo delabatur. In illis proſpectus tam ſurſum, quàm deorſum (ſalvâ tamen naturâ luminum, & ne luminibus officiatur; quia hæc illam præcellit) patere debet. *d. l. 15. & 16. ff. eod.* Recenſetur

XI. Servitus STILLICIDII tum *affirmativa*, tum *negativa*. Illa 16
eſt, *vi cujus poſſumus aquam pluviam è tecto noſtro guttatim cadentem dirigere in vicini aream:* dicitur etiam ſtillicidii avertendi, aut recipiendi. In hac ſervitute ex Paulo *in l. 20. §. 4. & 5. ff. d. t.* duo ſunt notanda, I. quòd non liceat mutare materiam tecti, ex quo aqua caſitat *v. g.* ex regulis tabulatum facere, fortè, quia caſitaret majori impetu. II. quòd poſſit altiùs tolli, non item deprimi; quia, ſi altiùs tollatur, aqua direpta ſpargitur ita, ut facilè evenire poſſit, ut non perveniat ad locum ſervientem: ſi verò deprimatur, fit gravior, & ex ſtillicidio flumen evadet: ita *JCtus in d. l. 20. §. 5.* ſi tamen experientiâ doceri poſſet contrarium, quòd nimirum, ſi altiùs tollatur, majus damnum areæ ſervienti inferat, cùm pluvia à vento diſperſa majus ſpatium occupet, poterit vicinus ſerviens contra altiùs tollentem proteſtari, cùm conditio fundi ſervientis non debeat fieri deterior, ut ipſa verba Pauli *in d. §. 5.* circa finem innuunt. Hæc, id eſt, *Negativa*, ſeu non avertendi, aut non recipiendi eſt, *vi cujus vicinus noſter non poteſt aquam pluviam avertere, ſeu impedire, ne aqua ex ſuo tecto in meam aream cadat.* De hac ſervitute debeo mihi proſpicere, ſi aquâ fortè indigeam ad ciſternam conſervandam, vel hortum irrigandum, ſordes evehendas &c. Ergo, inquis, debebit dominus ſerviens avertere, adeóque aliquid facere? Non: ſed ſupponendum, tectum aliunde eſſe ita diſpoſitum, ut de ſe aqua ex alieno in meum caſitaret; conſequenter tenetur vicinus tantùm non impedire, ne cadat. Ulteriùs

Non ineptè dubitas, quis debeat in hac ſervitute tectum reficere. Rationem dubitandi deſumis ex *l. 17. §. 3. ff. eod.* ubi formula eſt eadem,

Digitized by Google

dem, quæ in ſervitute, oneris ferendi: *ſtillicidia, uti nunc ſunt, ita ſint*: adeóque etiam hic promittitur perpetuitas. Reſpondetur, hic manere immotam regulam, quòd ſerviens facere non teneatur.

Nec obſtat inſtantia de ſervitute oneris; quia ibi expreſsè dicitur PARIES, *uti nunc eſt, ita ſit l. 33. ff. d. t.* hic autem non dicitur TECTUM, ſed tantùm STILLICIDIUM (per quod intelligitur ipſa ſervitus) *uti nunc eſt, ita ſit*. Interim tamen, ſi ſerviens ædes ſuas conſervare velit, debebit haud dubiè tectum reficere, quo ipſemet indiget, nec tam facilè deſerere poterit, ſicut parietem, ſeu columnam, ex qua ipſe commodum nullum habet. Huic ſervituti ſtillicidii affinis eſt

XII. Servitus FLUMINIS avertendi, & non avertendi. Differt à priori, quòd flumen ſit aqua collecta, & ideo cum impetu cadat, ſtillicidium verò guttatim defluat. Recenſetur

XIII. Servitus CLOACÆ IMMITENDÆ, *vi cujus poſſumus ſordes ædium noſtrarum in vicini aream dirigere. l. 7. ff. de ſervit.* Recenſetur

XIV. Servitus FORAMINIS, *vi cujus poſſumus aquam proluendi pavimenti causâ per foramen in imo pariete apertum derivare in vicini aream l. 28. ff. de S. P. V.* Exſtant & aliæ ſpecies ſervitutum urbanarum v. g. fumi recipiendi; januæ, vel feneſtræ non aperiendæ, vel non habendæ; furni non exſtruendi ob fumi incommodum: ſed, cùm ex dictis poſſint facilè intelligi, nobis conſiderandæ occurrunt

17 SERVITUTES RUSTICÆ, quò ſpectat

I. Servitus ITINERIS, *vi cujus poſſumus per fundum alterius ire, ambulare prædii noſtri causâ. pr. Inſt. h. t. l. 1. ff. de S. P. R.* germanicè Fuß-Steig. dicitur notanter *prædii causâ*: non recreationis gratiâ, *arg. l. 8. ff. de ſervit.* hæc enim erit ſervitus perſonalis irregularis: poterit tamen iter habens etiam equitare, vel lectica portari, ut etiam podagrico, aut aliàs ægroto ſit proſpectum. *l. 7. pr. l. 12. ff. d. t. Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. t. num. 24.* (a) ſpectat

II. Servitus ACTUS, *quæ eſt jus agendi jumentum* (cujus nomine non tantùm veniunt animalia, quæ dorsô domantur, ſed omnia *Stryck. d. t. §.*) *aut vehiculum per vicini prædium ad noſtrum d. pr. Inſtitut. h. t. d. l. 1. pr. l. 12. ff. de S. P. R.* in vernacula Vieh-Trib. Hæc priori eſt pinguior; quia, qui actum habet, etiam habet iter ita; ut cum- & ſine jumento ire poſſit. *d. pr. h. & d. l. 1. ff. de S. P. R.* niſi expreſsè fuerit conventum, ut ſolus ſine jumento ire non poſſit. *l. 4. §. 1. ff. ſi ſervit. vind.*

Nec

(a) Num equum ducere? Certum eſt, non habere jus agendi jumentum. *l. 1. ff. de S. P. R. §. 1. h. t.* Non tamen denegandum videtur, poſſe equum ducere, frigore fortè compellente; imo & agere, quia ſunt, ut ſupponimus, equitandi causâ, & per accidens, non promiſcuè.

Digitized by Google

Nec obſtat, quòd, qui actu legato iter adimit, nihil adimat; cùm actus ſine itinere eſſe non poſſit *l. 1. ff. de adim. vel transf. leg.* Nam hoc intelligitur, ſi adimat iter materialiter, id eſt, jus eundi *cum jumento:* hoc enim actui neceſſariò ineſt. Spectat

III. VIA Fuhr-oder Fahr-Weeg, *quæ eſt jus eundi, ambulandi, agendi, ac omnia, quæ ad utilitatem prædii noſtri ſpectant, vehendi, ducendi, aut trahendi per fundum vicini ad noſtrum. d. pr. h. d. l. 1. & 7. §. 1. ff. de S. P. R.* Hæc, uti ex definitione cernis, priores duas comprehendit, iisque multò pinguior eſt, cùm non tantùm jus vehendi, uti actus, ſed etiam trahendi, comprehendat *d. l. 7. verſ. qui viam. ff. d. t. Stryck. d. l. §. 6.* Item via habet non tantùm certam latitudinem, nempe octo paſſuum in porrectum, in anfractum ſexdecim *l. 8. ff. eod.* (quæ tamen pactò reſtringi poteſt *vid. l. 13. §. 2. l. 23. pr. ff. d. t.*) ſed etiam altitudinem, ut poſſit, viam habens haſtam erectam ferre, ſi modò fructus non lædat. *d. l. 7. ff. eod.* Quid Romani *per haſtam* intellexerint, non conſtat. Hodie cum *cit. Stryck. d. l.* credimus, ſufficere, daß man mit einem mit Heu, Korn, oder Woll hoch beladenē Wagen fahren möge. (a)

Verùm hic ſubſiſtis, & poſtquam ſuperiùs diximus, ſervitutem eſſe totam in toto, & totam in qualibet parte *l. 13. §. 1. l. 21. ff. d. t.* inferre licebit, totum fundum dominanti ſervire, poſſeque dominum quacunque velit parte uti ſine ulla determinatione. Abſit, ut tantum onus impunatur fundo! Moderamini locus dandus, & civiliùs cum ſerviente agendum: ſolet quippe aſſignari certum ſpatium, ita, ut reliquæ partes fundi liberentur: *Non enim per villam ipſam, nec per medias vineas ire, agere ſinendus eſt* (dominans) *cùm id æquè commodè per alteram partem facere poſſit minore ſervientis fundi detrimento:* eſt monitum Celſi *in l. 9. ff. de ſervit.* quia tamen ante determinationem ſpatii omnes glebæ ſerviunt, eſt electio (ſed civilis) penes dominantem *l. 13. §. 1. & 3. l. 21. ff. eod.* Non officit *l. 26. ff. d. t.* quæ electionem hæredi (id eſt ſervienti) tribuit; capi enim debet de jure veteri; ubi vigebat legatum damnationis. vid. dicta infrà *de legat. num. 7.* Spectat

IV. AQUÆ DUCTUS, qui eſt *jus ducendi aquam per fundum alienum ad utilitatem prædii noſtri d. pr. Inſtit. h. l. 1. ff. de S. P. R.* Hæc 18
ſervitus contra communes juris regulas, qua ſervitutes dicuntur individuæ *l. fin. ff. com. præd.* hodiernis moribus diviſionem patitur: dum quibusdam competit ein gantzes Röhr-Waſſer; Aliis verò ein halbes

 Röhr-

(a) Num jus viæ (idem de itinere, vel actu) per plures fundos ad meum ſit una, vel plures ſervitutes? Una, *l. 18. ff. de S. P. R* cum denominetur à prædio dominante, non ſerviente vid. *l. 32. pr. ff. de S. P. V.* Hinc ſi in uno utar, manet & in aliis, & in uno amiſſa amittitur etiam in aliis *d. l. 18.*

Digitized by Google

Röhr-Waſſer. *Stryck. de S. P. R. §. 7.* Hoc etiam receptum eſt, non poſſe extendi ad alium fundum, imò nec ad alias partes fundi, quàm ubi fuit conſtituta *l. 24. ff. d. t.* ubi pariter reprobatur ſententia Labeonis haud dubiè ab Ulpiano *in l. 1. §. 16. ff. de aqu. quot. & æſt.* relata: quamvis opinio Labeonis, de qua hìc textus agit, poſſit commodè intelligi, quòd aquam aliter ducens *interdictô* tantùm (quô etiam juvatur, qui defacto utitur *d. l. §. 10.*) defendatur. Spectat

V. AQUÆ HAUSTUS, qui eſt *jus hauriendi aquam ex alieno ad utilitatem prædii noſtri §. 2. h. l. 5. §. 1. l. 20. §. fin. ff. de S. P. R.* Spectat

VI. PECORIS AD AQUAM APPULSUS, *qui eſt jus pellendi pecora prædii noſtri ad aquam vicini d. §. 2. h. l. 4. ff. d. t.* Circa numerum attendenda erit conventio *arg. l. 13. pr. l. 20. pr. ff. d. t.* pacta enim dant legem contractui. Spectat

19 VII. JUS PASCENDI, quod eſt *jus paſcendi pecora prædii noſtri in fundo alieno d. §. 2. h. l. 3. ff. d. t.* Poterit tamen etiam dominus ſua pecora ibi paſcere, ſi paſcua ſufficiant, nec aliter fuerit conventum. Authores paſſim, nominatim verò *Stryck. d. l. §. 15.* A jure paſcendi differt jus compaſcui Koppel-Weyde, quod tum contingere ſolet, ſi habentes prædia confinia ex familiaritate promiſcuè patiantur pecora paſcere: Jus hoc, cùm ſpectet ad actus meræ facultatis, ſeu naturalis libertatis, poteſt ſemper revocari, niſi mutua ſervitus, quod à circumſtantiis deſumendum intercedat.

Aliæ ſervitutes huc ſpectantes, ùt ſunt Calcis coquendæ, Arenæ fodiendæ, Temonis immittendi, Tugurii habendi &c. poſſunt ex ipſa nominis ethymologia cognoſci: Hoc unicè ante diſceſſum notamus, poſſe pleraſque ex his ſervitutibus, præſertim iter, viam, aquæ ductum, vel hauſtum ſuâ naturâ ruſticas, fieri urbanas, ſi conſtituantur in utilitatem prædii uſum urbanum habentis. Sic iter *ædibus* (quæ utique prædium urbanum ſunt) deberi dicitur in *l. 7. §. 1. ff. com. præd.* Item generaliter prædiis urbanis competere poſſe, ſupponitur in *l. 14. ff. eod. & l. 20. §. 1. ff. de S. P. V. Stryck. de S. P. R. §. 1. & 7.* (a) Quòd verò hoc

(a) Imò, inquis, eſt invertenda alea, dicendúmque, omnia prædia, quibus competunt ſervitutes urbanæ, eſſe urbana, & quibus ruſticæ, ruſtica; proinde, cùm horreo & ſtabulo deberi poſſint ſervitutes urbanæ, v. g. altiùs tollendi, tigni immittendi &c. ſi alia ædificia vicina habeant, ſequitur, nec prædia eſſe diverſi generis. At eſt antiqua crambe Huberi loc. ſuperiùs cit. ubi aſſerere audet, omnia ædificia ſparſa per agros eſſe ruſtica, cum iis ſervitutes urbanæ competere non poſſint, eſto ibidem dicat, omnia ædificia eſſe urbana, quamvis non ſint habitandi cauſa exſtructa. Vellem, probâſſet, ſervitutes urbanas & ruſticas eſſe de ſe, & abſolutè determinatas, ita ut habeant efficaciam invertendi naturam prædii. Nobis interim certum eſt poſſe ſervitutem itine-

Digitized by Google

hoc caſu ex ſervitute diſcontinua fiat continua, & ideò longo tempore acquiri poſſit, cùm aliàs in foro tanquam ruſtica, adeóque diſcontinua, tempus immemoriale requireretur, juxta jacta ſuperiùs principia dicere non audemus: Nam non eſt infallibilis ſequela: eſt ſervitus urbana: ergo continua: vel eſt ſervitus ruſtica: ergo diſcontinua. vid. dicta hic *num. 11.*

TITULUS IV.
De Uſufructu.

§. I.

Quid ſit Uſuſfructus, ejus Cauſa Efficiens, Subjectum, Objectum, & Forma.

PRomiſimus titulo ſuperiori SERVITUTES PERSONALES, quæ ſcilicet reſpiciunt immediatè commodum perſonæ; nullatenus tamen confundendæ cum ſervitutibus perſonarum, de quibus actum in Libro primo; nam in illis homo ſervit homini, ſeu perſonæ: in his res ſervit perſonæ: Illæ ad ſtatum: Hæ ad utilitatem ſpectant. Sunt autem ſervitutes perſonales. 1

Aliæ *Regulares*, quæ ſolent competere tantùm perſonis: Aliæ *Irregulares*, quæ regulariter rei utilitatem reſpiciunt, hic & nunc tamen perſonæ debentur, ùt ſervitus itineris, quæ ordinariè conſtituitur in commodum prædii, ſi tamen conſtituatur in commodum perſonæ, tranſit in ſervitutem perſonalem *l. 4. l. pen. ff. de S. P. R.* (a) De illis *hoc & ſeq. tit.* tractandum. Rurſus

Aliæ *Nominatæ*, aliæ *Innominatæ*. Innominatæ, quæ nomen ſpecificum à jure non habent, eſto, participent veram ſervitutis naturam, cùm res ſerviat. Huc referuntur omnes ſervitutes Canonicæ, v.g. jus patronatûs, jus decimandi: Item jura civilia, qualia ſunt jus venandi, pi-

neris, quæ juxta Huberum abſolutè ruſtica eſt, competere prædio urbano, uti manifeſtè ſupponitur *in l. 14. ff. com. præd.* Aquæ ductus, qui juxta Authorem ruſticus eſt, ſi debeatur domui, opponitur ſervituti ruſticæ in *l. 11. §. 1. ff. de publ. in rem act.*

(a) Dices: ſervitutes reales ſunt qualitates prædiorum, & quidem perpetuæ, conſequenter non poſſunt fieri perſonales, & hoc ipſo temporales. Benè dicis de ſervitutibus realibus, quamdiu manent tales; at in noſtra hypotheſi ceſſant eſſe tales. Sed cur non poſſunt perſonales etiam viciſſim fieri reales? quia rei, ſeu prædio uſui promiſcuo eſſe non poſſunt.

piſcandi, braxandi &c. Nominatæ, quæ habent nomen ſpecificum: nimirum uſusfructus, uſus, & habitatio.

2 USUSFRUCTUS in genere etiam dupliciter ſumitur, *cauſaliter*, vel *formaliter*. (a) Cauſaliter eſt jus utendi re propria; quem uſumfructum quilibet dominus habet in re ſua, neque eſt ſpecies ſervitutis, ſed tantùm diverſa vocabuli ſignificatio, *l. 21. §. 3. ff. de except. rei jud. l. 126. §. 1. ff. de V. O.* & in hoc ſenſu ſumitur *in l. 4. ff. b. t.* ubi dicitur pars dominii: inde notabiliter fluit, quòd, ſi uni ſit legatus fundus, alteri uſusfructus ejusdem fundi, cui fundus legatus eſt, competat etiam pars uſusfructûs per textum expreſſum *in l. 19. ff. de uſ. & uſufr. leg. l. 9. ff. de uſufr. accreſc. l. 6. ff. de uſufr. ear. rer.* hoc ipſo, quòd proprietas contineat uſumfructum tanquam partem. Si quis igitur vult uni legare tantùm proprietatem, alteri uſumfructum, debet fundum legare *detracto uſufructu*, aliàs proprietatius in uſufructu ſemper cum uſufructuario concurret. Quòd tamen de legato in particulari intelligendum: nam in hæreditate aliter res ſe habet, ita, ut ſi teſtator hæredem ex aſſe inſtituat; dein uſumfructum omnium bonorum alteri leget; hæres hic nudam habet proprietatem, uſufructuarius verò uſumfructum in ſolidum *§. 1. b. t.* Ratio diverſitatis eſt; quia titulus univerſalis non ita afficit rem in particulari: v. g. fundum, domum, ſicut particularis: neque dominium univerſale cenſetur uſumfructum tanquam partem involvere, ſicut particulare. *Hub. b. n. 2.* Utrùm autem praxis diſpoſitionem *cit. l. 19.* obſervet, eſt quæſtio facti. Negat *Voët. ff. b. t. n. 2.* Affirmant alii apud *Hub. loc. cit.* Uſusfructus formalis eſt jus utendi re aliena, adeóque à dominio ſeparatū; Rurſus (quæ diviſio tamen non eſt hujus poſtremi generis in ſuas ſpecies.)

3 Alius eſt *verè talis*, alius *quaſi talis*: De hoc ad calcem tituli. Verè talis *eſt jus utendi re aliena ſalva manente ejus ſubſtantia.*

Dividitur in Legalem, & non Legalem. ***Legalis eſt***, **qui conſtituitur à lege: Ita conſtituitur I. patri in bonis adventitiis filii-familias** re-

(a) Sunt, qui uſumfructum in genere (quem præſcindendo, an ſit in re propria vel aliena *arg. l. 21. §. 3. ff. de except. rei jud. l. 8. §. fin. ff. de per. & com. rei vend. l. 11. §. 2. ff. de pignor. & hypoth.* definiunt, quòd ſit jus percipiendi fructus ex re aliqua) dividunt in cauſalem & formalem. Neque eſt tanta, ùt jactatur, in uſufructu cauſali vocis barbaries; ſi enim inter pretium intrinſecum, quod rei ineſt, & formale, ſeu extrinſecum, quod ex effectu deſumitur, diſcrimen ſit *in l. 62. §. 1. & 63.* juncta *l. 15. §. ult. ff. ad leg. falc.* cur non etiam inter uſumfructum intrinſecum, ſeu cauſalem, quod dominio ineſt, & formalem admitti poterit diviſio? Profectò apertiùs hoc probatur *ex l. 125. §. 1. ff. de V. O.* Plenum ſiquidem dominium duabus partibus integrantibus, ſcilicet proprietate & uſufructu conſtare, evincunt *ex l. 58. ff. d. t.* Quinam meliùs diſcurrant, non vacat inquirere. Nobis ſcire ſufficiat, nomine uſufructûs regulariter intelligi debere uſumfructum formalem, ſcilicet in re aliena, cùm cauſalis comprehendatur nomine dominii, ſeu proprietatis.

Digitized by Google

regularibus *§. 1. per quas perſ. cuiq. acquir.* II. patri emancipatori in dimidia parte bonorum filii emancipati in præmium emancipationis *§. 2. eod.* III. Conjugi (tam Marito, quàm uxori) in bonis, ſeu lucris à primo conjuge acquiſitis, ſi exiſtentibus liberis tranſeat ad ſecundas nuptias: amittit enim in pœnam ſecundarum nuptiarum proprietatem horum bonorum, & conſervatur liberis primi thori; retinet tamen uſumfructum *l. 3. §. un. l. 5. C. de ſecund. nupt.*

Uſusfructus non Legalis eſt, vel *Judicialis*, vel *Conventionalis*. Ille conſtituitur à Judice in judiciis diviſoriis, puta, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, in quibus, ſi res commodam diviſionem non recipiat, uni adjudicari ſolet proprietas, alteri uſusfructus *l. 7. §. 1. ff. h. t. §. 4. & 5. Inſt. de off. jud.* ubi tamen proprietatem obtinens non concurrit in uſufructu, veluti diximus ſuprà de fundo legato *l. 16. §. 1. ff. fam. erciſc.* Iſte, nimirum Conventionalis conſtituitur ab homine privato.

Modi autem, quibus conſtituitur (& hi ſunt Cauſa Efficiens) variant, uti in ſervitutibus realibus, dum uſusfructus pariter conſtituitur tam à lege, quàm ab homine, tum publico ex mox dictis, tum privato: & ab hoc: Vel voluntate expreſſa, ſcilicet actibus *inter vivos* per pactiones & ſtipulationes (ſaltem remotè, & quoad jus ad rem) *§. 1. h.* Vel *ultimæ voluntatis. l. 3. pr. l. 6. pr. ff. eod.* quo caſu uſusfructus ab adita hæreditate ſtatim ſine ulla traditione ad uſufructuarium tranſit, ita, ut hæres tantùm poſſeſſionem uſufructuario tribuat. Revideantur dicta *tit. priori num. 3.* Aut etiam *voluntate tacita*, vel præſumpta, nimirum per præſcriptionem, & quidem cum titulo 10. annis inter præſentes, & 20. inter abſentes, ſine titulo tempore extraordinario 30. vel 40. annorum. Quam ſententiam communem cum aliis vocat *Magnif. P. Schmier Juriſp. Can. civ. lib. 1. tr. 2. c. 5. num. 480.* Ratio deſumitur tum ex communi regula, quòd ſine titulo colorato non præſcribatur, niſi tempore longiſſimo, tum à præjudicio, quod proprietario emergit, cùm uſusfructus omnem rei utilitatem contineat *l. 7. pr. §. 1. & 2. l. 9. pr. ff. h. t.* imò ſit quædam dominii portio *l. 26. §. 2. ff. de legat. 2.* Hinc non officit paritas de ſervitutibus realibus, quæ rei utilitatem non ita abſorbent, ſed tantùm domini libertatem (manente cæterùm penes illum rei emolumentô) quodammodò minuunt *arg. l. 9. ff. de ſervit.* 4

Poteſt autem conſtituere uſumfructum, qui eſt plenus rei dominus, & habet liberam rerum ſuarum adminiſtrationem, ſeu alienare non prohibetur: cùm conſtitutio uſusfructûs ſit utique ſpecies alienationis *arg. l. ult. C. de reb. alien. non alien.* Hinc, non poſſe pupillos, minorennes, prodigos, de ſe planum eſt. An nudus proprietarius? Po- 5

teſt *l. 72. ff. b. t.* non quidem pro *nunc*, ſed pro *tunc*, uſufructu nimirum ad proprietatem redeunte, & de hoc caſu intelligit *Stryck. b. t. §. 2. l. 63. ff. eod.* quæ ſic habet: *quod noſtrum non eſt, transferemus ad alios, veluti is, qui fundum babet, quamquam uſumfructum non babeat, tamen uſumfructum cedere poteſt.* Sed ſimpliciùs, & fortè commodiùs explicari poteſt Paulus *in d. l. 63.* de uſufructu non cauſali, quem proprietarius tanquam partem dominii habet, ſed formali, ut ſenſus ſit, dominus rei, quamvis uſumfructum formalem, qui ſpecies ſervitutis eſt, non habeat, tamen illum in alium transferre, ſeu cedere poteſt, cùm illum habeat virtualiter, ſeu eminenter, quod ad omnes ſervitutum ſpecies applicari poteſt. *Thomaſ. ad Hub. ff. b. t. n. 2.*

An dominus utilis, videlicet, Vaſallus, Emphyteuta? Emphyteutam non poſſe de rigore juris uſumfructum conſtituere, ſed tantùm ex æquitate prætoria conſtitutum (durante dominio utili) ſuſtineri, patet ex *l. 1. §. 1. ff. ſi ager vectig.* junctâ *l. 1. §. fin. ff. de ſuperficieb.* De vaſallo majus videtur dubium. Facultatem conſtituendi uſumfructum titulô onerosô v. g. emptionis venditionis; non item lucrativô, videlicet donationis, indulget vaſallo *Clariſſ. D. D. Franz p. m. b. num. 8.* Rationem deducit I. ex *2. feud. 8. in pr. verſ. rei autem;* ubi generaliter permittitur vaſallo, prædio feudali ſervitutem imponere; impoſitio verò ſervitutis, & conſtitutio uſusfructûs æquiparantur *in l. fin. C. de reb. alien. non alien.* Accedit II. quòd domino non fiat præjudicium hoc ipſo, quòd locò rei pretium habeat, adeóque non ſubſit periculum (quod metuitur in donatione) ut fiat inhabilis ad præſtanda ſervitia *arg. l. 38. in fin. & 39. ff. b.* Huic ſententiæ ſubſcribit *Stryck. b. t. §. 5.* Alia tamen, & fortè meliori motus ratione; quia vaſallus poteſt alterum ſubinfeudare. *tit. 1. in pr. & tit. 7. feud. 1.* Item *tit. 9. feud. 2.* ergo etiam poterit uſumfructum alteri concedere; cùm ſub-vaſallus, ſi non plus, certè idem juris habeat, quod uſufructuarius.

Verùm hæc fundamenta non ſatis convincunt. ſiquidem omnis alienatio domino directo præjudicioſa eſt vaſallo prohibita *2. feud. 52. in fin. pr. 2. feud. 55. in pr.* eſſe autem ejusmodi alienationem domino directo præjudicioſam, nemo non videt; quid enim, ſi vaſallus pretium dilapidet, & peſſundet? quomodo impoſterum præſtabit ſervitia?

Argumenta contraria facilè enervantur: equidem *primum* planè non probat id, quod intendit: verba textûs ita ſonant: *Quid ergo, ſi (vaſallus) pretiô, vel dolô, aut incuriâ ſervitutem rei beneficiariæ* (feudali) *imponi patiatur?* Quis, amabo, ex his verbis facultatem imponendi ſervitutem extorquebit? Toleratur quidem hoc onus contra juris authoritatem in re feudali conſtitutum, ſed tantùm in præjudicium illius, qui

id

id imponi paſſus eſt: ibi: *& reſponſum eſt, ut vaſallo quidem, donec feudum tenet, poſſit obeſſe.* Quid ni? Multa fieri prohibentur, quæ ſi facta fuerint (præſertim in præjudicium facientis) roboris obtinent firmitatem *c. 16. de regular.* Intercedit inſuper inter ſervitutem realem ad vitam vaſalli tantùm duraturam, & uſumfructum longa diſtantia, cùm per illam tantùm minuatur libertas, nec amittatur jus percipiendi fructus, velut accidit in uſufructu. *Secundum* ex eo labitur, quòd, eſto, vaſallus locò uſusfructûs pretium habeat, faciliùs tamen iſtud, quàm illum perdat: illum enim annuatim habet, hoc ab initio contractûs capere poteſt, & modico tempore expendere. Quibus mediis poſtea, utilitate rei feudalis deſtitutus, præſtabit ſervitia? Ratio Stryckii etiam nihil evincit: quia in ſubinfeudatione domino nullum prorſus fit præjudicium, imò ejus conditio evadit melior; duos quippe vaſallos ſuô modô nanciſcitur. Quòd ſi diſparitatem rogas, cur emphyteuta poſſit uſumfructum conſtituere, & non vaſallus? In promptu eſt: obligatio ſolvendi annuum canonem, qui in minima quantitate v.g. in ovo, gallina &c. ſolet de jure conſiſtere, levior eſt, quàm præſtandi ſervitia: Illa Emphyteutæ, hoc vaſallo incumbit, Iſte faciliùs, quàm ille poteſt fieri incapax; Dixi mox *de jure:* intellige Juſtinianeo: hodiernis enim moribûs canon in majori quantitate imponi conſuevit; hinc idem forte de Emphyteuta, quod de vaſallo dicendum.

Subjectum uſusfructûs eſt ille, cui conceditur, ſeu, qui acquirit: 6
poteſt autem acquirere, qui eſt bonorum capax, & quidem vel per ſe, vel per alium, quem ſub ſua poteſtate habet *l. 6. §. 2. ff. b.t.* unde uſusfructus filiofamilias conceſſus patri acquiritur, ita quidem, ut, quamvis filius moriatur, penes patrem remaneat, & viciſſim *l. fin. C. b. t.* Ratio eſt: quia in utroque tanquam in eadem perſona radicatur. Neque hic poteſt proprietas ab uſufructu ſeparari, & illa filio, iſte patri, utì in aliis rebus contingit, acquiri.

Objectum ſunt res, in quibus uſusfructus conſtituitur. Conſti- 7
tui verò poteſt in omnibus rebus mobilibus, & immobilibus, corporalibus, & incorporalibus v.g. in reditibus annuis, jure venandi, juriſdictione patrimoniali, in nominibus vulgò Capitalien, dummodò vel verè, vel interpretatione juris poſt uſumfructum ſalvæ maneant. *princ. & §. 2. Inſtit. b.*

Forma conſiſtit in differentia, quâ ab aliis ſervitutibus perſonali- 8
bus ſecernitur. Secernitur autem per hoc, quòd uſusfructus comprehendat omnem rei utilitatem.

Hæſitas hic, quomodo ergo differat à dominio utili, quod competit vaſallo, emphyteutæ, & ſimpliciter etiam omnem utilitatem comple-

cti-

Digitized by Google

ctitur? Reſpondetur, differentiam notabilem in eo ſitam eſſe, quòd, qui dominium habet, ſive directum, ſive utile, ſit dominus fructuum adhuc pendentium eo modo, ſicut eſt dominus rei, maneátque, ſuo ſenſu, talis, quiſquis eos ſeparaverit, uti eſt textus notabilis *in l. 25. §. 1. ff. de uſur. & fruct.* quod non procedit de uſufructuario (idem de colono) cùm nullum dominium in ipſam rem obtineant; conſequenter nec fiunt fructuum domini, niſi vel ipſi, vel alii, eorum tamen nomine, ſeparaverint *§ 36. de R. D. l. 13. ff. quib. mod. uſusfr. amitt. Huber. ff. de per. & com. rei vend. num. 9.* Nec te decipiant verba finalia: ibi: *Julianus. ait, fructuarii fructus tunc fieri, cùm eos perceperit: bonæ fidei autem poſſeſſoris mox, quàm à ſolo ſeparati ſunt.* Quid eſt hoc! exclamas: *mox, quàm à ſolo ſeparati ſunt, niſi mox, cùm percepti ſunt?* Quænam ergo inter uſufructuarium, & bonæ fidei poſſeſſorem (idem de dominis utilibus) differentia? Hæc, quæ jam data eſt, videlicet, quòd uſufructuarius non aliter fiat dominus, quàm ſi *perceperit* (intellige, ſi ipſemet per ſe tamen, vel per alium ſeparaverit. Bonæ fidei poſſeſſor econtrà *mox, quàm à ſolo* (intellige à quocunque) *ſeparati ſunt.* vid. *d. l. 25. §. 1. ff. de uſur. & fruct.* unde ulteriùs fluit, quòd, ſi prædo in fundo fructuario fructus ſeparaverit, condictio furtiva non uſufructuario, ſed proprietario, ſeu domino verè, vel quaſi tali, competat. *l. 12. §. fin. ff. b. t.*

§. II.

De Effectu, & Contrariis uſusfructûs, & de Uſufructu quaſi tali.

9 Effectus, qui vix non totus clareſcit ex dictis, eſt vel proximus, vel remotus. Proximus eſt I. quòd poſſit uſufructuarius omne commodum, ad quod parandum, ſalvâ ſubſtantiâ, res deſtinata eſt, percipere *l. 7. pr. §. 1. & 2. l. 59. §. 1. ff. b. t.* fiátque illius commodi, ſeu fructuum, accedente perceptione, dominus *d. l. 25. §. 1. ff. de uſur. & fruct. §. 36. de R. D.* quòd, ſi ſine facto hominis à natura ſeparentur, ùt accidit in fœtu animalium, dominium conſequitur ipſa nativitate *§. 37. Inſtit. b. t.* (b) Di-

(a) Formam accidentalem deſideras? eſt eadem, quæ in aliis ſervitutibus. vid. dicta *tit. priori num. 8.* quibus adde, non poſſe relinqui Titio v. g. uſumfructum, *cùm morietur*, quia uſusfructus morte finitur, non incipit *l. 51. ff. h. t. l. 5. ff. de uſu & uſufr. leg.* Nec obeſt paritas de ſervitute reali, quia hæc non inhæret oſſibus perſonæ, conſequenter à morte Titii cedit dies, quo hæres illam legatarii hæredibus conſtituere tenetur.

(b) Quid ſi vi ventorum fuerint ſeparati? Opus eſt collectione. *arg. l. 1. ff. quib. mod. uſusfr. amitt.*

Digitized by Google

Dictum notanter: *ad quod parandum deſtinata eſt.* Hinc fructuarii non erunt partus ancillarum *l. 68. ff. h. §. 37. de R. D.* non enim habentur ancllæ, ut pariant, ſed ùt ſerviant. *l. 27. ff. de hær. pet.* Non pertinebunt ad fructuarium arbores grandes, & frugiferæ *l. 11. l. 13. §. 4. ff. h. t.* quia non habentur, ut ſuccidantur, ſed ut fructus ferant. Idem proportionaliter dicendum de ſylva non cædua *vid. l. 9. §. fin. ff. eod. Vinn. ad pr. Inſt. h. num. 8.* II. quòd ei liberum ſit, vel ipſemet fructus percipere, vel jus percipiendi, ſeu commoditatem fruendi (non tamen ipſum jus radicale, cùm ita inhæreat perſonæ uſufructuarii, ut inde avelli nequeat *l. 3. §. 3. quib. mod. uſufr. amitt.*) alteri concedere *§. 1. de uſu, & habit. l. 12. §. 2. l. 38. & 39. ff. h. t.* in quarum ultimis notabiliter habetur, quòd ſi uſufructuarius vendiderit, & emptor non utatur, videatur nihilominus uſufructuarius uſumfructum retinere; quia, qui pretiô fruitur, ipſo uſufructu uti frui cenſetur. Hic rurſus

Subſiſtis, in quo differat jus percipiendi fructus, ſeu illa commodias ab ipſo uſufructu radicali, cùm obtinens commoditatem poſſit omnia facere, quæ ipſe uſufructuarius? In eo, quòd, qui ipſum uſumfructum habet, habeat actionem realem (confeſſoriam) contra quemcunque poſſeſſorem: econtra, qui habet commoditatem, tantùm juvetur actione perſonali ex contractu prævio adversùs contrahentem, ejúsque hæredes. Deinde non extinguitur morte, vel capitis diminutione illius, qui commoditatem, ſed qui ipſum uſumfructum radicaliter poſſidet. III. quòd poſſit removere omnia obſtacula, quæ uſumfructum impediunt, vel remorantur, eáque prætendere, ſine quibus uti frui non poteſt *l. 1. §. 1. & ſeqq. ff. ſi uſusfr. petat.* addatur textus notabilis *in l. 30. ff. h. t.* Et exinde oritur effectus remotus, videlicet remedia ad uſumfructum cum omnibus acceſſoriis vindicandum, vel defendendum; videlicet in petitorio eſt actio confeſſoria, & in poſſeſſorio interdicta utilia tum retinendæ, tum acquirendæ, tum recuperandæ poſſeſſionis, de quibus ſuô locô.

Sanè, cùm regula æquitatis exigat, ut, qui ſentit commodum, etiam 10
incommodum ſuſtineat, meritò injungitur uſufructuario I. ut re utatur tanquam bonus vir *l. 1. §. 9. 5. & 6. ff. uſusfr. quemadm. cav.* ita quidem, ut circà rem nihil poſſit immutare, imò nec cœpta perficere *l. 61. ff. h.* ſed tantùm accepta tueri *l. 13. §. 7. l. 44. ff. h. t.* Et, ſi absque refectione (a) uti non poſſit, debebit agere contra proprietarium, ut reficiat;

(a) Intellige novam; nam refectio, quæ rem in eo ſtatu, quo accepit, conſervat, haud dubiè uſufructuario incumbit, niſi ſit immodica. Ita capimus textus *in l. 7. §. 2. l. 9. § 6. l. 13. §. 2. l. 44 ff. h. t.* Dictum eſt: *niſi ſit immodica*, ut fructus penè abſorbeat, ita quidem, ut ſi magnas expenſas pro rei conſervatione fecerit, poſſit eas à proprietario repetere *l. 1. C. eod.*

ſi ſecus fecerit, & rem refecerit, ſuô periculô, ac expenſis feciſſe cenſendus eſt *arg. l. fin. C. de neg. geſt.* quia contra juris prohibitionem negotium alterius geſſit. Injungitur II. ut damna rei imminentia avertat, atque caveat, ne deterior reddatur, ne ſervitutes debitæ amittantur. Videantur textus apud *Clariſſ. D. D. Franz b. num. 33.* Injungitur III. ut onera rei ob fructus imponi ſolita, ùt ſunt collectæ, tributa, decimæ, canones, præſtet. *l. 7. §. 2. l. 27. §. 3. ff. b. t.* Injungitur IV. ut rem finito uſufructu ſalvam, & integram reſtituat. *arg. d. l. 1. §. 6. l. 9. §. 3. ff. eod.*

Ambigitur, de quali culpa uſufructuarius teneatur? Ad leviſſimam adſtringere eum videtur Ulpianus *in l. 1. §. 7. ff. uſufr. quemad. cav.* ibi in fin. *omnem enim rei rei curam ſuſcipit.* Neque dicas cum *Clariſſ. D. D. Franz p. m. b. num. 34.* ſenſum eſſe de cura extenſivè, id eſt, quòd debeat habere curam *omnium rerum*, non intenſivè tali: Nam Ulpianus hac reſponſione vix erit contentus, cùm dicat, *omnem rei* (non omnium rerum) *curam;* adeóque particulam *omnem* ad curam, non ad rem referat. De levi tantùm teneri, vult Pomponius *in l. 65. pr. ff. b. t.* ibi: *debet enim omne, quod DILIGENS paterfamilias in ſua domo facit, & ipſe facere.* Reſpondet ad hunc textum *Magnif. P Schmier. loc. cit. num. 169.* qui ibid. *num. 164.* uſufructuarium ad culpam leviſſimam condemnat, per poſitivum non excludi gradum ſuperlativum, imò quandoque illum pro iſto uſurpari *arg. §. 2. quib. mod. re contr. obl. l. 5. §. 5. ff. commod.* Utraque ſententia videtur textibus inferre violentiam. Procedamus igitur viâ mediâ, & dicamus: ſi uſufructuarius habeat uſumfructum titulô lucrativô, fortè donationis, teneri eum de culpa leviſſima; quia ſentit omne commodum: ſi verò titulô oneroſô, de levi; quia uterque commodum ſentit, & hac diſtinctione cuilibet textui erit ſua vis, ſenſúſque incorruptus, & pariter ſalvabitur communis regula ex *l. 5. §. 2. ff. commod. & l. 23. ff. de R. J.* ad materiam de contractibus magis explananda.

II Contraria uſusfructûs ſunt modi, quibus finitur. Finitur autem I. MORTE naturali uſufructuarii *§. 3. Inſtit. l. 10. 12. 16. C. b. t.* tum quia, utpote ſervitus perſonalis, radicatur in perſona uſufructuarii, tum quia, ſi tranſiret ad hæredes, proprietas foret domino planè inutilis, cùm ceſſaret ferè omnis ſpes obtinendi rei utilitatem: facit inſuper, quòd hæc ſervitus ſit inventa, ut conſulatur tantùm perſonæ, non item hæredibus. *Heinec. Antiquit. Rom. ad b. t. §. 6.*

Quid autem, ſi hæredum ſit facta mentio? Trànſibit, ſed tantùm ad primum hæredem, non ultra; & ita altercatio inter Veteres ſublata fuit *in l. 14. C. b. t.* Erit tamen duplex, conſequenter in perſona hæredis novus uſusfructus *arg. l. 38. §. 12. ff. de V. O.* Imò exiſtimat *Stryck quib. mod,*

Digitized by Google

mod. uſufr. amitt. §. 3. ſuſtineri hodiernîs moribûs pactum, quo cavetur, ut uſusfructus ad omnes hæredes tranſeat, neque per hoc proprietatem fieri inutilem, cùm ſuperſint alii modi, quibus uſusfructus finitur, ſcilicet non uſu, capitis diminutione, malè utendô.

Quid, ſi uſufructuarius decedat pendentibûs, iiſque maturîs fructibûs, utrùm nihilominùs uſusfructus extinguatur? Extinguitur; Textus ſunt inevitabiles *in §. 36. de R. D. & l. 13. ff. quib. mod. uſusfr. amitt.* adeóque nihil, etiam pro illo anno, ad hæredes transmittitur.

Non obſtant paritates, quæ fieri ſolent à bonæ fidei poſſeſſore, à marito, aut etiam à colono, qui transmittunt jus percipiendi fructus ad hæredes: Nam primi duo percipiunt jure dominii, quod haud dubiè eſt ad hæredes transmiſſibile: tertius jure contractûs itidem transmiſſibili: Econtrà uſufructuarius jure ſervitutis perſonalis, quæ de ſe, & naturâ ſuâ ad hæredes non derivatur. (a)

Quid, ſi uſusfructus conceſſus ſit cuidam univerſitati, puta, Capitulo, Monaſterio &c. quæ nunquam moriuntur *l. 76. ff. de jud?* Durat per centum annos *l. 56. ff. b. t.* quia hæc eſt vita hominis longiſſima *l. 23. C. de SS. EE.* Finitur uſusfructus II. CAPITIS DIMINUTIONE (quæ & mors Civilis dicitur) *Maximâ*, & *Mediâ*, non item Minimâ *d. §. 3. b. l. pen. C. b. t.* Hodie, ſublata deportatione, finitur Bannô Imperii, Fuſtigatione, nec non Condemnatione ad Operas publicas, cùm extinguatur jus civitatis *laud. Stryck. d. l. §. 4.*

Quoniam huc etiam reduci poteſt mors moralis, id eſt, profeſſio 12
Religioſa, quatenus Religioſus ſæculo moritur;

Dubitatur, utrùm, ſi pater profiteatur in religione bonorum capaci 1
uſumfructum, quem habuit in bonis filii, ſecum transferat, num verò amittat? Prius aſſerimus; quia religionem profeſſi ſe, & ſua in Monaſterium transferunt. *Auth. Ingreſſi C. de SS. EE.* Neque per hoc uſusfructus tranſire dicitur de perſona in perſonam; quia Monaſterium, & religioſus habentur pro una, eadémque perſona.

Neque obſtat, quòd per ingreſſum ſolvatur patria poteſtas, tanquam fundamentum uſusfructûs: Nam tantùm ſolvitur, in quantum exigit favor Monaſterii, ſeu in quantum eſt eidem odioſa: quoad hunc effectum autem non eſt Monaſterio odioſa; ſed potiùs favorabilis; conſequenter perdurat, ne, quod eſt in favorem alicujus, convertatur in

 odium

(a) Neque exiſtimes, debere dividi, ùt quidam putant, pro rata temporis inter proprietarium, & uſufructuarii hæredes, ùt etiam velle videtur Ulpianus *in l. 9. §. 1. ff. locati;* Nam hic JCtus loquitur de penſionibus annuis ex ædium habitatione provenientibus, qui ſingulis momentis percipiuntur, non de fructibus, qui tantùm ſemel in anno percipi poſſunt.

Digitized by Google

odium *c. 61. de R. J. in 6.* Durabit igitur & uſusfructus, quamdiu pater vivit.

Quid dicendum de caſu inverſo, ſi filius religionem ingrediatur, an pater uſumfructum amittat, & filius proprietatem, & uſumfructum in Monaſterium transferat? Reſpondetur, filium probabiliùs tantùm transferre proprietatem manente uſufructu penes patrem quamdiu vivet. Redit prior ratio: quia ingreſſus non plus transferre poteſt, quàm ipſe habuit: atqui tantùm habuit proprietatem, non uſumfructum. Nec etiam poteſt factum filii præjudicare patri.

Dices I. Ingredientem Monaſterium ſequitur *omninò* res *nov. 5. c. 5.* Reſpondetur, hoc procedere eô modô, quo ingrediens rem priùs habuit. Deinde textus vagatur extra oleas, cùm loquatur de peculio, ubi filius habet liberam diſpoſitionem, adeóque de extraordinario, ùt legenti patebit.

Dices II. Militia profana liberat à patria poteſtate: ergo etiam militia ſacra. Reſpondetur, privilegia nec debere, nec poſſe in præjudicium tertii extendi.

Dices III. Utique juxta nos ipſos per profeſſionem ſolvitur patria poteſtas, in quantum exigit favor monaſterii. Reſpondetur per hoc tamen non extingui uſumfructum, cùm in conſervari non ampliùs dependeat à patria poteſtate, præſertim ſi illa ſolvatur patre invito, vel ſaltem abſque illius facto renuntiativo, uti patet in caſu, quo filius moritur: ubi pater retinet uſumfructum *l. 3. §. 1. C. b. t. l. ult. §. 1. C. ad SC. Tertull.*

13 Finitur III. CONSOLIDATIONE: ſi nimirum uſufructuarius proprietatem acquirat *l. 17. & 27. ff. quib. mod. uſusfr. amitt.* res enim propria nemini ſervit. Finitur IV. REI INTERITU *d. §. 3. b. in fin.* Rei enim paſſivè inhæret; conſequenter illa pereunte, & ipſum uſumfructum perire debere, manifeſtum eſt.

Quid verò, ſi pars pereat? ſi pereat pars homogenea (quæ ſcilicet nomen totius retinet) manet uſusfructus in parte ſuperſtite, uti accidit, ſi pars agri pereat: ſi verò ſit pars heterogenea (quæ nomen totius non obtinet) ceſſat etiam uſusfructus in parte remanente: ſic pereunte domo, nec ampliùs manet uſusfructus areæ; quia area domus dici non poteſt. *vid. l. 5. §. 2. & ſeqq. quib. mod. uſusfr. amitt.* Idem dicendum, ſi res ita mutetur, ut nomen amittat. *vid. l. 10. §. 2. 3. & 4. ff. d. t.* Hinc uſusfructus maſſæ (ſecus de dominio, utpote quod difficiliùs amittitur *§. 25. de R. D.*) vaſis inde factis extinguitur *d. l. 10. §. 5. ff. eod.* Item uſusfructus quadrigæ, quâ talis (aliter equorum) uno, vel altero

equo

Digitized by Google

equo decedente perit *d. l. 10. §. fin.* (a) Finitur V. CESSIONE proprietario facta, ſi nimirum uſufructuarius jus ſuum proprietario cedat: per ceſſionem autem intelligitur actus ſolennis, quo jus totum à cedente in ceſſionarium transfertur. Ulpianus in fragmentis *tit. 28. §. 8.* Dixi: *proprietario:* ſi enim cedatur extraneo, nihil agitur *d. §. 3. h.* Reſpondent quidem, nihil agi in favorem extranei, hoc eſt, uſumfructum illi non acquiri; interim tamen hoc agi, quòd cedens amittat. Sed contrà eſt, quòd in toto illo §. agatur non de modis, quibûs uſusfructus acquiritur alteri, ſed quibûs amittitur. Jam textus dicit: *Item finitur uſusfructus, ſi domino proprietatis cedatur: nam cedendô extraneo nihil agitur*, hoc eſt, non finitur, cùm ſenſus ſit oppoſitivus; adeóque debeat eſſe priori contrarius, quòd ſcilicet non finiatur.

Opponunt quidem *l. 66. ff. de jur. dot.* ibi: *quoniam diximus, uſumfructum à fructuario cedi non poſſe, niſi domino proprietatis, & ſi extraneo cedatur, id eſt ei, qui proprietatem non habet, nihil ad eum tranſire, ſed NB. ad dominum proprietatis reverſurum uſumfructum.* Sed quid hoc ad rem? *reverſurum*, ait, ſcilicet modis competentibûs: (b) non, hìc & nunc *reverti* ipſa ceſſione, quod eſt illud, de quo controvertimur. Latiùs *Voët. ff. quib. mod. uſusfr. amitt. num. 3.* Diſſentit. *Vinn. ad d. §. 3. num. 4.* Finitur denique VI. NON USU, ſi videlicet uſufructuarius 10. annis inter præſentes, vel 20. inter abſentes uſufructu conſtituto non utatur *l. 16. C. de uſufr. l. 13. C. de præſcript. long. temp.* (c) quod

Pp 3 etiam

(a) Item uſus gregis, ſi tot oves v. g. pereant, ut grex non intelligatur *l. fin. ff. eod.* Ut autem grex manere cenſeatur, ajunt, requiri decem capita *l. ult. ff. de abigeis:* ibi: *Quidam decem oves gregem eſſe putaverunt: porcos etiam quinque vel quatuor: equum, bovem vel unum abigeatûs crimen facere.* Num hæc lex, quæ de crimine abigeatûs adeóque materia odioſa tractat, huc poſſit applicari, in medio hæremus. Quænam autem ſpectent ad uſumfructum gregis, videri poteſt. *in l. 70. §. 2. ff. h. t.*

(b) De his, ais, non erat dubium: Damus hoc; neque enim hìc deciditur quomodo amittatur uſusfructus; ſed longè alius caſus in dubium deducitur, ita ut *ly reverſurum* prorſus ſe habeat narrativè, quatenus uſusfructus, ſi cedatur extraneo, ad eum non tranſit, ſed ad proprietarium ſuo tempore, id eſt morte v. g. uſufructuarii (non ceſſionarii) tranſiturus dicitur. At, replicabis, hoc ipſo, quòd uſufructuarius alteri cedat, uſumfructum ampliùs habere non vult. Ita eſt, non vult habere in favorem ceſſionarii, non item abſolutè; cùm igitur extraneo cedi, adeóque ceſſionario acquiri nequeat, cedens econtra non aliter præſumatur velle amittere, ſubintrabit regula, quòd nemo invitus jus ſuum amittere, minùs jactare cenſeatur. Sanè nullibi legitur, quòd ceſſione extraneo facta ſtatim amittatur; textus autem *in d. l. 66.* ad alios ſe refert qui dicunt *reverſurum*, non *reverti.*

(b) Limita, ſi uſusfructus alternis annis ſit conceſſus, quia plura legata eſſe, ait JCtus Paulus *in l. 28. ff. quib. mod. uſufr. amitt. & l. 13. ff. de uſu & uſufr. leg.* Secùs ac in ſervitute itineris, actûs, viæ, aquæ ductûs &c. quæ eſto alternis annis ſit conceſſa, nihilominus (ſaltem duplicato tempore) amittitur, quia, non obſtante interru-

etiam probabiliùs procedit de uſufructu rerum mobilium *arg. l. 13. C. de ſervit. & aqua:* ubi diſtinctio annui, vel biennalis ſpatii in præſcriptione uſusfructûs, quæ olim inter res mobiles, & immobiles obſervabatur, fuit ſublata. Et quamvis *in d. 16. §. 1. C. h. t.* eadem exceptio dicatur obſtare vindicanti uſumfructum, quæ obſtat vindicanti ipſam rem; rem autem vindicanti obſtet exceptio triennii: Hoc tamen non eſt ita crudè ſumendum; ſed intelligendum, quòd eadem exceptio, quæ obſtat vindicanti rem immobilem (ibi enim ſermo eſt de vindicatione inter præſentes, & abſentes; quæ diſtinctio tantùm obtinet in rebus immobilibus) obſtet indiſtinctè vindicanti uſumfructum in re tam mobili, quàm immobili.

Dictum fuit ſuperiùs: *uſufructu conſtituto non utatur.* Actionem enim perſonalem ad petendum uſumfructum nondum conſtitutum (quam vocant antecedentem) eſſe, ad normam aliarum actionum perſonalium, perpetuam, probabiliùs defendit *Magnif. P. Schmier lib. 1. tr. 2. c. 5. numer. 491.* quem, ſi vacat, vide. Nos interea monemus, uſumfructum non amitti abuſu; quia ad hoc propriæ actiones competunt *l. 13. §. 2. ff. h. l. 1. §. 5. ff. uſufr. quemad. cav.* Satis de uſufructu verè tali.

14 Uſusfructus quaſi talis eſt *jus utendi fruendi re conſumptibili ea lege conceſſum, ut eo finito res ejusdem generis, vel æſtimatio reſtituatur.* Hic in limine ſubſiſtis. Amabò, ais, quomodo poterit in rebus conſumptibilibus uſusfructus tanquam ſervitus, adeóque jus in re aliena conſiſtere, cùm tamen res conſumptibiles ita dentur, ut fiant accipientis, ùt ipſe Tribonianus fatetur in *§. 2. h. t.* nec non JCtus *in l. 2. §. 1. ff. de uſufr. ear. rer.* Benè dicis, nec nos aliter: Eſt enim in ejusmodi rebus non uſusfructus, ſed jus quoddam uſufructui ſimile, ſeu affine: *nam hæ res neque naturali ratione, neque civili* (ſunt verba *cit. §. 2. h. t.*) recipiunt uſumfructum: ſed *utilitatis cauſâ Senatus cenſuit* (pergit paulò pòſt) *poſſe etiam earum rerum uſumfructum* (ſcilicet quaſi, ſeu impropriè talem) *conſtitui:* Non raró enim quis abundat rebûs fungibilibûs, quibûs alter indiget, nec tamen vult donare; relinquit igitur ad uſum indigenti, ut poſt mortem, vel capitis diminutionem tantundem, vel æſtimationem reſtituat. Quid ergo, interrogas, agit vices ſubſtantiæ, quæ tamen hìc cum ipſo uſu verè conſumitur? Cautio, quam uſufructuarius de re ejusdem generis, vel ejus æſtimatione ſolvenda præſtare cogitur. Ibi: *ut tamen eo nomine utiliter caveatur: ergo ſenatus* (ita ſonant verba fi-

ruptione, tamen manet una, cùm ex natura ſua jam ſit diſcontinua. Si dicas: etiam ſervitus itineris &c. alternis annis conceſſa erit multiplex, cùm tunc primùm maneat UNA, ſi alternis horis ſit conceſſa *l. 7. quemad. ſerv. amitt.* Reponimus, ſemper manere *unam*, ſed hoc ultimo caſu dici magis *unitam*, aliàs Paulus Author horum textuum, ſibi ipſi manifeſtè contradiceret.

Digitized by Google

finalia cit. §. 2.) non fecit quidem earum rerum uſumfructum: nec enim poterat, ſed per cautionem quaſi uſumfructum conſtituit.

Conſtituitur autem uſusfructus quaſi talis non tantum per actus ul- 15
timæ voluntatis, de quibus certum eſt *d. §. 2. h. l. 1. ff de uſufr. ear. rer.* ſed etiam per actus inter vivos; cùm nulla videatur implicantia: Et licèt in textibus nulla de actibus inter vivos fiat mentio, cùm iſti modi fuerint rariores; conſtare tamen cuilibet debet, exempla non eſſe menſuram legum, ſed tantùm eas illuſtrare *l. pen. §. ult. ff. de jur. & fact. ignor.* tantúmque allegari circa ea, quæ frequentiùs ſoleut accidere. Verùm

Dices: ſi hoc eſt, non erit differentia inter mutuum, & quaſi uſumfructum. Negatur aſſumptum: nam I. in mutuo reſtituenda eſt res ejusdem generis v.g. vinum pro vino. In quaſi uſufructu vel res ejusdem generis, vel ejus æſtimatio. II. in mutuo non veniunt, niſi res fungibiles, in hoc uſufructu etiam aliæ, puta, veſtes. III. in mutuo non eſt neceſſaria cautio, neque IV. mutuum morte, vel capitis diminutione extinguitur, ſicut uſusfructus quaſi talis.

Hæſitas, qualis ſit uſusfructus in veſtibus? Quaſi talem ſtatuit Tribonianus *in d. §. 2. h. t.* Verè talem dicit Ulpianus *in l. 15. §. 4. ff. eod.* Si ſint veſtes, quarum uſus quotidianus eſt (quidquid contra ſentiat *Huber. h. n. 7.*) Triboniano accedimus: Nec enim ad uſumfructum quaſi talem requiritur, ut res unico uſu abſumatur, ſed ſufficit, quòd per uſum breviorem deſinat uſui eſſe illi, cui uſusfructus conceſſus eſt. *arg. l. 1. ff. de uſufr. ear. rer.* ibi: *quæ uſu tolluntur, vel MINUUNTUR*, id eſt, deteriorantur (a) Limitatur hæc ſententia, ſi teſtator veſtes non ut quantitates, ſed ut corpus legaverit, ſcilicet ea lege, ut easdem, etſi attritas, reſtituat. *d. l. 15. §. 4. h. l. 9. §. 3. ff. uſufr. quemad.*

(a) Dices cum Hubero: ut ſit uſusfructus quaſi talis, opus eſt, ut res uſu conſumatur; nec ſufficit, ſi tantùm teratur, ſeu deterior fiat, hoc quippe omnibus rebus etiam uſu non conſumptibilibus, in quibus verus uſusfructus obtinet, accidere videmus, idcirco per diminutionem intelligi opportet diminutionem quantitativam. Hoc eadem, qua aſſeritur, authoritate, negatur: Illa etenim, quæ quantitativè minuuntur, potius tolluntur: Inter TOLLI autem & MINUI apertum ſit diſcrimen *in d. l. 1 ff. de uſufr. ear. rer.* Quòd autem omnes res uſu terantur, ut negari nequit; ita admitti debet, dari res quasdam, quæ breviori uſu planè ſiunt inutiles, & ita regulariter conſtituunt quaſi uſumfructum. Quid, quòd ipſe Ulpianus *in d. l. 15 §. 4.* tunc primum dicat in veſtimentis eſſe verum uſumfructum, ſi non ſicut quantitatis uſusfructus legatus ſit, conſequenter ſupponit, legari regulariter, ùt uſumfructum quantitatis. Textus ita, habet. *Et, ſi veſtimentorum uſufructus legatus ſit, non ſicut quantitatis uſusfructus legetur* (vult dicere: Et ſi non ſicut quantitatis uſusfructus legetur, ſed ùt corpus) *dicendum eſt, ita uti eum debere, ne abutatur.* Nobis inſuper ſuffragatur auctoritas Imperatoris *in d. §. 2. h.* quæ utique, etiam ſpectata natura rei, cæteris paribus (ſi tamen ſint cætera paria, ut noſtræ rationes non præponderent) major eſſe debet, quàm cujuscunque Scriptoris.

Digitized by Google

ad. cav. Si verò ſit uſus rarior, ùt in veſtibus ſcenicis, Ulpiano ſubſcribimus: quia poſſunt eædem reſtitui, quamvis attritæ *d. l. 9. §. fin.* Neque eſt verbi quæſtio; quia in uſufructu quaſi tali uſufructuarius fit dominus; idcirco poteſt rem mutare, vendere, & ſi pereat, ipſi perit: quæ non verificantur de uſufructu verè tali. Item, ſi ſit uſusfructus quaſi talis, amittitur tantùm morte naturali, vel capitis diminutione, non autem non uſu, vel rei interitu, cùm, ex dictis, ſit dominus.

TITULUS V.
De Uſu & Habitatione.

1 Altera ſpecies ſervitutis perſonalis nominatæ eſt USUS, non *facti*; qui conſiſtit in actuali rei uſurpatione, ſed *juris*, & in hoc ſenſu definiri poteſt, *quòd ſit jus utendi rebus alienis ſalva manente earum ſubſtantia.* Dicitur, notanter *utendi*, non *fruendi*; per quod indicare volumus, uſuarium non habere plenum uſumfructum, ſed tantum de fructibus poſſe percipere, quantum ipſi eſt neceſſarium ad quotidianam ſuſtentationem *§. 1. h. t.* hinc non implicat, unum habere uſum, alterum uſumfructum, ita, ut uſufructuarius habeat id, quo non indiget uſuarius ad quotidianam ſuſtentationem, per textum apertum *l. 42. ff. de uſufr.* Dicit equidem Ulpianus *in l. 14. §. 1. ff. h. t.* uſum ineſſe uſufructui, nec iſtum ſine illo eſſe poſſe, quod ita intelligendum; ſi hæredi relinquatur proprietas; alteri ſimpliciter uſusfructus, etiam uſus cenſetur relictus (ſicut in actu continetur iter) ita, ut uſus poſtea adimi, ſeu ſeparari ab uſufructu non poſſit *d. l. 14. §. 1.* Hoc tamen non impedit, ne ab initio poſſit uſus ab uſufructu ſeparari *d. l. 14. §. 1. l. 5. ff. uſufr. quemad. cav.*

2 Quàm pinguior verò ſit uſusfructus præ uſu, patet exinde I. quòd uſuarius non poſſit uſum alteri vendere, locare, multò minùs gratis concedere (quæ omnia poteſt uſufructuarius) cùm iſta jam excederent indigentiam, & transferendô in alterum indicaret, ſe re illa non indigere. Limitatur, ſi ex circumſtantiis aliter eſſet colligendum, ùt ſi aurigæ concederetur uſus equorum, vel ruſtico bibliothecæ *arg. l. 12. §. 4. l. 22. pr. ff. h. t.* uſus enim iſte, niſi locatus, foret inutilis. II. quòd uſu ædium conceſſo, poſſit quidem uſuarius cum tota familia habitare, aut, ſi ædes ſint ampliores, diætas mutare. *§. 2. h. l. 2. §. un. l. 4. 5. & 6. ff. eod.* (a) non tamen inquilinum, niſi ſimul ipſe inhabitet, ſuſcipere.

De

(a) Jungat. notabiliter *L. 22. §. 1. ff. eod.* Quid ſi viduæ uſus ſit relictus, & illa ulteriùs nubat? Utatur cum novo marito, & filiis ex eo ſuſceptis. Ita indulget Ulpianus *in d. l. 5. ff. h.*

Digitized by Google

De hoſpite dubitatur: prævaluit tamen affirmativa. *d. §. 2. d. l. 2. §. un. ff. eod.* III. quòd uſu pecorum conceſſo poſſit uti bobùs ad arandum, equis ad vehendum, vel ad agros ſtercorandum; negatur eidem tamen uſus lanæ, vel lactis *in d. §. 2. h.* eſto textus iſte interpretationem, vel ſupplementum recipiat ex *d. l. 12. §. 2. h. t.* ex qua obtruncatè deſumptus eſt. Ibi: *hoc ampliùs etiam modico lacte uſurum* (uſuarium) *puto: nec enim tam ſtrictè interpretandæ ſunt voluntates defunctorum:* utatur igitur modico lacte ad quotidianam ſuſtentationem, non tamen butyrum, vel caſeum formet uſuarius. (a) IV. quòd uſus non poſſit dividi. *l. 19. ff. eod.* Ratio eſt: quia, eſto, res, quæ uſui ſubſtant, ſint diviſibiles; dum tamen uſus nihil tribuit præter neceſſitatem victûs, hæc autem neceſſitas nihil relinquit, quòd dividatur; hinc neque imminui, neque in partes ſecari poteſt, cùm nemo pro parte vivere queat, pro parte non, conſectaneum eſt, jus illud diviſionem non admittere; quæ omnia aliter ſe habere in uſufructu, docent dicta *tit. præcedenti.* Cæterùm ſicut quoad modos conſtituendi, & amittendi uſusfructus, & uſus conveniunt, ſi, ùt monitum, judicia diviſoria excipias, ita etiam tenetur uſuarius ſic uti, ut domino moleſtus non ſit, *§. 1. Inſtitut. l. 10. §. ult. in fin. ff. h. t.* ac inſuper refectionem, niſi ſit notabilis, & uſum lædat, in ſe ſuſcipere. *l. 18. ff. d. t.*

Tertia, & ultima ſpecies ſervitutis perſonalis eſt HABITATIO, 3
quæ eſt jus inhabitandi ædes alienas ſalva manente earum ſubſtantia. Dicitur *inhabitandi*, quod indicat jus quoddam medium inter uſumfructum, & uſum: de *uſufructu* participat, quòd poſſit habitator ad exemplum uſufructuarii vel ipſe habitare, vel habitationem aliis locare. *§. 5. h. l. 13. C. de uſufr.* omniáque ea facere, quæ ad habitandum ſpectant. Differt tamen; quia uſusfructus, ùt ſtatim apparebit, eſt pinguior: Ad *uſum* quodammodo accedit, quòd, ſicut uſus, ita & habitatio non abſorbeat totam rei, ſeu ædium utilitatem: ſiquidem habitator non poterit uti cellis vinariis, ſi plures adeſſent, vel tabernis (en minor, quàm in uſufructu utilitas) quia plures cellæ vinariæ, vel tabernæ non ſpectant ad ſimpliciter habitandum, ſed ad hoſpitandum, vel negotiandum. *Thomaſ. contra Huber. h. t. num. 6.* Excipe; ſi habitatio hoſpiti, vel mercatori eſſet relicta. *arg. d. l. 12. §. 4. & l. 22. ff. h.* Ab utroque ſci-

(a) *At cur poteſt uſuarius uti pomis, oleribus, floribus. l. 12. §. 1. ff. h. t. Et cur non lanâ, agnis, & fœtu. d. l. 12. §. 2.? Quia hæc, ais, in fructu ſunt, non in uſu. At etiam poma, olera, flores utique in fructu ſunt. arg. l. 9. pr. ff. de uſufr. Aliter igitur! Quia pomis, oleribus, & floribus quà talibus, ſeu in natura uti poteſt. Uſus lanæ quà lanæ vel modicus, vel nullus eſt, niſi accedat ſpecificatio: fœtus eſt corpus à matre, in qua uſum habes, diſtinctum. Melius! fœtu uteretur ruſus facta ſpecificatione, adeóque non quà agnis, ſeu fœtu, ſed quà carne.*

Digitized by Google

ſcilicet tam uſufructu, quàm uſu in eo planè ſeceraitur, quòd habitatio non uſu, vel capitis diminutione non amittatur *l. 10. ff. de capit. min.* quia habitatio in facto conſiſtit: quæ autem in facto conſiſtunt, non uſu non amittuntur *d. l. pen.* Videbitur tibi hæc ratio non immeritò ſuſpecta, cùm habitatio ſit æquè (a) ſpecies ſervitutis, ac aliæ, adeó que in jure conſiſtere debeat: ſed quidquid de hoc ſit, ita placuit juris noſtri Conditoribus, fortè, ut differentiam inter has tres ſpecies ſtatuerent. Dixi: *capitis diminutione*, ſcilicet neque maximâ, neque mediâ, neque minimâ: ſicut enim legatum annuum (quod naturam alimentorum ſapit) non amittitur *d. l. pen.* & ipſa alimenta etiam incapacibus (videlicet ſervis) poſſunt relinqui *l. 17. ff. de alim. vel cib. leg.* ita dicendum videtur, etiam habitationem perdurare non obſtante capitis diminutione etiam maxima; quia habitatio eſt æquè ad vitam neceſſaria, ſicut alimenta *Schambog. h. t. ad cit. §. pen.* Porrò, ſi differentiam inter habitatorem, uſuarium, vel uſufructuarium, & conductorem nondum perſpexeris, elucebit, ſi conſideres, conductorem nullum habere *jus in re*, conſequenter nec actionem realem contra tertium, ſed tantùm *jus ad rem* ex contractu, ac exinde ortam actionem perſonalem contra locatorem, ejúſque hæredes: non item ultrà.

APPENDIX
De Cautione.

4 PEriculoſum foret proprietario, ſi rem ad uſum nullam conſecuturus, ſecuritatem extradere deberet; hinc imponitur tum uſufructuario, tum uſuario, tum inhabitatori obligatio præſtandi cautionem, quæ duo involvit. I. debet uſufructuarius (idem de aliis) cavere, quòd velit re in uſumfructum conceſsâ uti frui arbitratu boni viri, adeóque in illa verſari, ùt bonus ac diligens paterfamilias, ne res fiat deterior *l. 1. §. 3. 5. & 6. ff. uſufr. quemad. cav.* II. quòd velit finito uſufructu rem ſalvam, & integram reſtituere. *d. l. 1. §. 6. l. 9. §. 3. ff. d. t.* Præſtanda eſt utraque cautio regulariter ab omni uſufructuario *d. l. 1. §. 2. verſ. ſed etſi &c.*

ff.

(a) Deflectere nihilominus à natura ſervitutum exinde patet, quòd imprimis *in d. l. 10. ff. de cap. min.* dicatur in facto conſiſtere, ſicut legatum in annos ſingulos: deinde *in l. 1. ff. de ſervit.* de habitatione nulla ſit mentio. *Servitutes*, ait JCtus, *aut perſonales ſunt, ùt uſus, & uſusfructus, aut reales, ùt ſervitutes prædiorum ruſticorum, & urbanorum:* hinc eſt, quod *in §. pen. h.* notet Tribonianus, habitationem eſſe quaſi proprium aliquod jus, ſcilicet à ſervitutibus perſonalibus quodammodo diſtinctum. Et *in l. 10. ff. eod.* ſpecificè advertat, eam non tranſire ad hæredes, ibi: *ad heredem tamen nec ipſa tranſit*, quæ monitio foret ſupervacanea, ſi eſſet ſervitus perſonalis regularis.

Digitized by Google

ff. eod. ita, ut, ſi cautio exacta non ſit præſtita, uſufructuarius fructus non faciat ſuos *arg. l. 7. pr. ff. d. t.* Dixi: *ſi exacta:* nam ſi non fuerit exacta, adeóque per fructuarium non ſteterit, quò minùs ſatis dederit, ſed proprietarius uti frui eum paſſus fuerit, fructus haud dubiè ſuos faciet: non enim offerre debet ſatisdationem, ſed ſufficit, ſi paratus ſit, & petenti ſatisdationem moram non faciat juxta Paul. *in l. 2. §. 1. ff. quod legat.* Dictum fuit ulteriùs ſuprà, *regulariter:* ſunt namque quidam ab onere præſtandi cautionem immunes, & quidem I. pater, qui ob paternam reverentiam à filio ſibi debitam non cavet ratione peculii adventitii ordinarii, in quo habet uſumfructum *l. fin. §. 4. in fin. C. de bon. quæ lib.* II. is, cui uſusfructus purè, proprietas verò ex certo die relicta eſt. *l. 9. §. 2. ff. uſufr. quemad. cav.* III. Fiſcus *l. 1. §. 18. ff. ut leg. vel fideic. cauſ. cav.* quia fiſcus ſemper præſumitur idoneus, ac dives *l. 2. in fin. ff. de fund. dot.* IV. Saltem de æquitate, ac congruentia (quidquid ſit de rigore juris, de quo vid. *Harp. ad §. 2. de uſufr.*) ab hac cautione liber pronuntiandus eſt ille, qui retento uſufructu bona ſua donavit; quia inverecundum videretur, & contra obligationem antidoralem, ſi donatarius in eum, qui fuit ita liberalis, diffidentiam poneret; quam ſententiam in praxi obſervari teſtatur *Gail. 2. obſ. 145. num. 13.* Præſtatur hæc cautio (& quidem datîs fidejuſſoribus *arg. l. 13. pr. ff. de uſufr. junctâ l. 1. ff. de ſatisd.*) ei, cujus eſt proprietas, ùt puta, mihi proprietas, tibi uſusfructus legatus eſt, mihi cavendum eſt; imò ſi mihi proprietas, ſed tantùm ſub conditione relicta ſit, & mihi, & hæredi cavendum eſſe, dicit Paulus *in l. 8. ff. uſufr. quemad. cav.*

Quid, ſi fidejuſſores non inveniat uſufructuarius? Admittendus eſt ad cautionem juratoriam, ſi ſit vir fide dignus, ſi non? res erit ſequeſtri committenda, qui annuos fructus fructuario præſtabit. *arg. l. 7. §. ult. ff. qui ſatisd. cog. cit. Gail. 2. obſ. 47. num. 8. & 10.*

Dubitatur, num hæc cautio ſit de ſubſtantia, adeóque ita neceſſaria, ut non poſſit remitti. Non eſſe abſolutè de ſubſtantia uſusfructûs, conſtat ex eo, quòd in quibusdam caſibus, de quibus mox actum, expreſsè ſit remiſſa: ubi etiam illud indubium videtur, poſſe proprietarium, ſeu illum, cui facienda eſt finito uſufructu reſtitutio, illam remittere *arg. d. l. 13. pr. ff. de uſufr.* quia ejus cauſâ inventa eſt, & ideo poterit favori ſuo renuntiare. *arg. l. 71. in fin. ff. ad L. Falcid. & l. pen. C. de pact.*

Cardo igitur controverſiæ in eo ſiſtitur, utrùm teſtator, ſi uni, ponæ hæredi proprietatem, alteri verò uſumfructum relinquat, poſſit cautionem uſufructuario remittere in præjudicium hæredis. Reſpondemus cum *Clariſſ. D. Franz p. m. de uſufr. num. 39.* poſſe remittere cautionem,

Digitized by Google

quòd uſufructuarius velit rem finito uſufructu reſtituere, non item, quòd velit uti arbitratu boni viri: quod ſatis apertè deciſum legitur in *l. pen. C. ut in poſſ. leg.* ibi: *ùt autem boni viri arbitratu is, cui uſusfructus relictus eſt, utatur fruatur, minimè ſatisdationem remitti teſtamentô poſſe.* Ratio diverſitatis eſt, quia, eſto, quoad prius membrum cautio remiſſa ſit, proprietario ſatis adhuc proſpectum remanet, cùm ſalvâ rei ſubſtantiâ (ſalvatur autem per cautionem poſteriorem) habeat actionem realem contra quemcunque poſſeſſorem *l. 3. §. fin. l. 7. pr. ff. uſufr. quemad. cav.* ſi autem cautio de utendo boni viri arbitratu remitteretur, hæredi proprietario non foret proſpectum, quoniam non haberet, niſi actionem perſonalem per inopiam debitoris uſufructuarii facilè eludibilem.

Nec obſtat priori membro *l. 1. C. de uſufr.* ubi remiſſio cautionis generaliter reprobatur: nam non debet, nec poteſt de alia cautione intelligi, quàm eâ, quæ hæredi infert præjudicium: illa autem ſolummodo infert præjudicium, quæ uſum arbitratu boni viri præſtandum remittit, ùt conſideranti patebit.

Neque dicas contra alterum membrum: poteſt ipſe hæres remittere, cur non & teſtator, qui plus juris adhuc habet, imò qui poſſet hæredi proprietatem planè non relinquere, adeóque multò magis cautionem in illius præjudicium uſufructuario condonare. Nam quòd poſſit ipſe hæres cautionem remittere, non eſt mirum, cùm ſit in illius favorem introducta, cui ipſe renunciare (non tamen teſtator præjudicare) poteſt *arg. l. pen. C. de pact.* Et quamvis ſit in libertate teſtatoris proprietatem relinquere, vel non; non tamen eſt in illius arbitrio facere, ne leges vim in ſuo teſtamento nanciſcantur *l. 55. ff. de leg. 1.* adeóque, ſi relinquit, debet cum effectu velle relinquere. Accedit, quòd ſubſit majus periculum, ſi teſtator hanc cautionem remittat, quàm ſi hæres, vel alius proprietarius: ſiquidem, ſi ipſe hæres, aut proprietarius remittat, major gratitudo iis à fructuario exhibenda ſperari poteſt, quàm ſi ipſe teſtator remitteret, cùm hoc caſu uſufructuarius ab hærede, vel proprietario nihil haberet, conſequenter etiam nulla gratitudine, ſeu vinculô antidorali eſſet devinctus: unde magis metuendum ne re utendô abutatur. Quòd ſi contra prohibitionem legis cautio à teſtatore remiſſa ſit, valet uſusfructus, & remiſſio vitiatur, ac legatarius uſumfructum, præſtita cautione, petere poteſt. *l. 6. ff. ut in poſſ. leg. l. 1. C. de uſufr. Lauterb. ad Pand. uſufr. quemad. cav. §. 12.* Verùm

Quid de cautione in quaſi uſufructu? Hæc ex veriori ſententia magis ingreditur ejus eſſentiam, cùm ex dictis de uſufructu *num. 14.* agat vices ſubſtantiæ: quàm parùm igitur poteſt dari uſusfructus verè ta-

talis, quin ſit res, cujus ſubſtantia maneat ſalva, tam parùm poteſt ſubſiſtere quaſi uſusfructus ſine cautione ſaltem radicali, in qua ille fundatur, & radicatur. Dixi: *ſaltem radicali*: ut enim actu præſtetur, neque hic eſt de ſubſtantia: cùm ſubſiſtat quaſi uſusfructus, etſi cautio non ſit actu præſtita *l. 5. §. 1. ff. de uſufr. ear. rer.* ſufficiátque, ſi adſit obligatio illam, quandocunque exigatur, præſtandi, ita, ut hæc non poſſit expreſſe remitti, ſed tàntùm tacitè diſſimulari. Eſt contra *Zœſ. ad ff. uſufr. quemad. cav. num. ult.* cujus fundamenta non plus evincunt, quàm poſſe hanc cautionem diſſimulari, ſeu actu non exigi ab eo, cujus favorem reſpicit. Cæterùm in quaſi uſufructu obtinere non poteſt cautio de re utendo arbitratu boni viri (re enim ſua abutitur) ſed tantùm de re ejusdem generis, vel ejus æſtimatione reſtituenda *§. 2. de uſufr. l. 2. §. un. ff. de uſufr. ear. rer.* Porrò ex cautione, de qua hactenus, oriri obligationem, ignorari ampliùs non poteſt: dari autem actionem ex ſtipulatu, diſcendum eſt alibi. Nobis hæc de ſervitutibus tum realibus, tum perſonalibus dixiſſe ſufficiat: ubi expoſiti pariter ſummatim ſunt modi, quibus jure gentium res acquiruntur: *Modò videamus* (ita claudit hanc materiam Tribonianus in *§. f. b.*) *quibus modis legitimo, & civili Jure acquiruntur.* Modi autem civiles alii dicuntur Univerſales alii Particulares. De univerſalibus inferiùs.

Particulares numerari ſolent tres Uſucapio, Donatio, & Legatum, quibus, ſi lubet, addatur fideicommiſſum particulare, utpote legato æquiparatum.

TITULUS VI.
De Uſucapionibus, & longi temporis Præſcriptionibus.

INter modos acquirendi civiles itaque numerat Imperator præprimis uſucapionem inde ſic dictam, quod uſu aliquid capiamus, ut noſtrum fiat *l. 71. pr. ff. de V. S.* Vocatur communiſſimè præſcriptio: inter quas tamen non una tum olim, tum hodie, ſi preſsè loqui velimus, intercedit differentia. Olim differebant I. ab objecto; quia uſucapio in rebus mobilibus omnibus, & immobilibus ſoli Italici: Præſcriptio in immobilibus provincialibus tantùm obtinebat (a) II. ab ef-

(a) Ideo in his rebus tantùm præſcriptio, & non uſucapio obtinebat, quia iſta pariebat dominium plenum; illud autem in bonis Provincialibus non admittebatur, quatenus directum, ſeu Quiritarium jure occupationis ſpectabat ad populum Rom. in cujus re-

Digitized by Google

effectu, quòd uſucapio tribuerit verum, ac perfectum dominium Quiritarium, & exinde pullulantem rei vindicationem. Præſcriptio econtra jus quoddam dominio proximum, neque actionem directam, ſed utilem, & ſimul exceptionem pariebat. III. A tempore, quippe uſucapio rerum mobilium ubique annô, & rerum immobilium Italicarum bienniô abſolvebatur: præſcriptio verò prædiorum provincialium ad 10. vel 20. annos extendebatur. IV. A contrariis, ſeu ab interruptione; nam uſucapio rerum tam mobilium, quàm immobilium non poterat interrumpi civiliter (id eſt per motam litem) benè verò præſcriptio, quæ litis conteſtatione cenſebatur interrupta, *vid. Magnif. P. Schmier Jurisp. Can. Civ. lib. 1. tr. 2. c. 1. num. 14. & ſeqq.* Hodie hæ differentiæ ſublatæ quidem ſunt, ùt videre eſt in *pr. Inſt. h. & l. un. C. de uſucap. transfor.* diſcrepant tamen hodie tanquam genus à ſpecie: ſiquidem præſcriptio procedit tam in rebus corporalibus, quàm incorporalibus, ſic omnis præſcriptio dici poteſt uſucapio: hæc econtra tantùm obtinet in rebus corporalibus *l. 43. §. 1. ff. de A. R. D.* ibi: *Incorporales res traditionem, & uſucapionem non recipere, manifeſtum eſt.* Unde non benè dixeris: ſervitus uſucapta, ſed præſcripta eſt: exinde fluit, quòd in omni uſucapione neceſſaria ſit poſſeſſio propria: In præſcriptione autem vel ſufficit poſſeſſio quaſi talis, vel etiam planè nulla opus eſt poſſeſſione, ùt apparebit in decurſu. Cùm igitur præſcriptio latiùs pateat, & Rubrica aliunde etiam præfixa ſit de præſcriptionibus, non erit vertendum vitio, ſi terminus, & ſenſus PRÆSCRIPTIONIS nobis in decurſu magis arriſerit. Unde ſit

§. I.

Quid, & quotuplex ſit Præſcriptio, ejus Cauſa efficiens, & Objectum.

1 PRæſcriptionem nomen ſuum derivare à præſcribendo, quatenus per eam certum tempus ad movendas actiones tum reales, tum perſonales præſcribitur, ita, ut rem ſuam vindicans per exceptionem præſcriptionis repelli poſſit, ac potuerit, eruditè pro more oſtendit *Clariſſ. D. P. Colleg. Böckhn tract. de Præſcript. in genere part. 1. diſp. 1. art. 1. n. 1. & 2.*

Præſcriptio commodè definiri poteſt cum *laud. ſuperiùs Magn. d. l. n. 30.* quòd *ſit modus acquirendi, quo jus, vel liberationem privilegiô temporis nanciſcimur.* Dicitur, *modus acquirendi*, & rectè, quia in omni præſcri-

recognitionem poſſeſſores ſtipendia, tributa &c. pendere cogebantur. Hinc tantùm procedebat præſcriptio, quæ dominium bonitarium, ſeu minus plenum adjiciebatur.

Digitized by Google

ſcriptione vel jus, vel libertas aliqua, quæ priùs reſtricta erat, acquiritur. Inde dicitur ulteriùs *jus*: neque credas, definitionem hôc terminô nimis anguſtari, cùm non tantùm jus, ſed ſæpe rem acquiramus; nam, dum rem acquirimus, hoc ipſo etiam jus (ſcilicet dominium) nanciſcimur. Dicitur: *privilegiô temporis;* ſubſtantia enim, ſeu eſſentia præſcriptionis in ſola temporis prærogativa ſita eſt, utpote cùm alia requiſita tantùm ſe habeant extrinſecè; vel in obliquo, ùt loquimur, importentur. Ex his relucet, ſub hac deſcriptione etiam comprehendi uſucapionem; quam in ſpecie aptè definivit Modeſtinus *in l. 3. ff. de uſurp. & uſucap.* quòd ſit *Adjectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti.*

Dividitur I. in *Poſitivam*, ſeu *Propriam*, & *Privativam*, ſeu *Impropriam.* Illa eſt, quando præſcribens jus aliquod acquirit, quod antea non habuit, & hic dicitur præſcribens JUS præſcribere. Hæc eſt, quando præſcribens nullum jus acquirit, ſed tantùm ab obligatione, ſeu onere, quo alteri erat obſtrictus, ſe liberat, & dicitur JURI præſcribere. In priori requiritur poſſeſſio, vel quaſi: in poſteriori ſufficit ſola prærogativa temporis: unde notabiliter fluit, quòd præſcriptio poſitiva non poſſit currere cum ſcientia juris alieni; quia poſſidens ſcienter jus alienum evidenter eſt in mala fide: Præſcriptio verò privativa, quoniam nullam poſſeſſionem deſiderat, ſed ſolâ temporis prærogativâ nititur, currit etiam cum ſcientia juris alieni, ùt magis infrà conſtabit. 2

Dividitur II. in Legalem, & Conventionalem. *Legalis* eſt, cujus tempus eſt à lege definitum, & eſt propriè hujus loci. *Conventionalis* eſt, quando tempus ex hominum conventione definitum eſt: v. g. quòd liceat intra annum, vel biennium rem venditam eôdem oblatô pretiô redimere, vel illi vendere, qui intra hoc tempus meliorem conditionem obtulerit: Huc etiam ſpectat caſus *l. 38. ff. de min.*

Dividitur III. in Nominatam, & Innominatam. *Nominata* eſt, quæ certum, ac ſpecificum nomen à Jure vel JCtis obtinuit: éſtque vel *Ordinaria*, ſeu longi temporis, quæ in rebus mobilibus trienniô, in immobilibus inter præſentes decenniô, inter abſentes vicenniô completur. Vel *Extraordinaria*, ſive longiſſimi temporis, quæ 30. vel 40. annis abſolvitur. *Innominata*, quæ certum nomen non eſt ſortita; quò reducuntur præſcriptiones dierum, menſium, unius vel alterius anni: & de his tractatur in Digeſtis *ad tit. de diverſ. temp. præſc.* in Inſtitutis tangi poſſunt *in tit. 12. lib. 4. de perpet. & temp. act.*

Dividitur demum IV. in *Memorialem*, cujus origo memoriam hominum non excedit. Et *Immemorialem*, cujus initium excedit hominum memoriam; puta, ſi quis rem tanto tempore poſſideat, ut nulli

hu-

Digitized by Google

hominum de facto viventium de initio illius conſtet. (a) Ita tempus immemoriale deſcribitur *in l. 3. §. 4. ff. de aqua quot. & æſt.* ibi: *cujus origo memoriam exceſſit.* Idem colligitur ex *c. 26. de V. S.* ubi conſuetudo immemorialis nuncupatur: *quæ à tempore, cujus non exſtat memoria, introducta eſt.* Jam utique non eſt memoria, niſi hominū de facto viventium.

Quid, ſi initium poſſeſſionis excedat quidem hominum memoriam, ſed per quoddam inſtrumentum probari poſſet, ante centum, & plures annos alium fuiſſe in poſſeſſione illius rei? Reſpondetur, inſtrumenta tempori immemoriali non obeſſe, aliàs à creatione mundi, ab Arca Noëmi, à NATIVITATE DOMINI, à nullo regno daretur tempus immemoriale.

Neque refragantur textus in contrarium adduci ſoliti, ùt ſunt *c. 1. de conſuet. in 6. c. 1. de præſcript. eod. l. 2. §. 8. ff. de aq. & aq. pluv. arc. l. 28. ff. de prob.* quia omnes vel intelliguntur, vel loquuntur de caſu, ubi de INITIO poſſeſſionis, vel operis facti non exſtat memoria. Ex quibus etiam colligitur tempus immemoriale non debere excedere centum annos, ſed tantùm hominum defactò viventium memoriam: utramque ſententiam poſt *Magnif. P. Schmier d. l. num. 61. & 75.* maſculè contra alios defendit *Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn* ubi ſuprà *num. 3. & 9.* ut tamen præſcriptio immemorialis probari poſſit, requiruntur teſtes 54. an-

(a) Negant (ſed ſatis pauci) dari præſcriptionem immemorialem, vel ſaltem eſſe veram præſcriptionem, quia jus novum non tribuit; ſed tantùm id, quod habemus, hactenus confirmat, ut ob temporis vetuſtatem non tam facilè poſſit oſtendi contrarium, & ille, qui tempore immemoriali poſſedit, liberetur ab onere probandi, maneátque in poſſeſſione, donec probetur initium contrarium; cùm præſumptio cedat veritati. Sed pauciſſimis hos miſſos facimus ita arguentes: Tempus immemoriale tantùm tribuit ſine titulo in iis caſibus, ubi jus commune præſcribenti reſiſtit, atque in rebus, quæ tantùm tempore immemoriali acquiruntur, quantum extraordinarium cum titulo; atqui iſtud tribuit jus novum; ergo & illud. Veritas primæ poſitionis, ſeu ùt vocant, *majoris*, eluceſcit ex textu irrefragabili in *c. 1. de præſcript. in 6.* ibi in fin. *Sed eſt neceſſarius titulus, qui poſſeſſori cauſam tribuat præſcribendi: Niſi TANTI TEMPORIS allegetur PRÆSCRIPTIO, cujus CONTRARII MEMORIA non exiſtat.* Ajunt, hanc limitationem eſſe ex Jure civili (quod tamen nihil habet de præſcriptione immemoriali, ſed tantùm de tempore, cujus origo memoriam exceſſit) deſumptam. Ajunt ita, ſed, dicam, peſſimè, quaſi verò authoritas Juris Pontificii minor eſſet quàm Civilis! Potuit itaque S. Pontifex tempori immemoriali dare vim præſcriptionis? Et etiam dedit tum in *c. 26. de V. S.* ubi tempus immemoriale æquiparat privilegio, quod certè jus novum tribuit. An non etiam ex Jure civili conſtat, vetuſtatem obtinere vim legis ac tituli. *l. 1. §. f. l. 2. §. 1. 3. & 7. ff. de aq. pluv. l. 3. §. 4. ff. de aq. quot. & æſt.* ibi: *Ductus aquæ, cujus origo memoriam exceſſit, JURE CONSTITUTI LOCO HABETUR.* Jam lex, titulus, conſtitutum utique jus novum tribuunt? Tempus immemoriale, ais, tantùm liberat ab onere probandi. Hoc tibi probandum reſtat, & ſimul quòd admittatur probatio in contrarium.

Digitized by Google

annorum; quia debent deponere de 40. annis, ut præſcriptio immemorialis non ſit minor extraordinariâ, & 14. annis debent eſſe majores, ut poſſint de tali poſſeſſione deponere: ac inſuper requiritur, ut aſſerant, ſe contrarium à majoribus ſuis non accepiſſe, nec opus eſt, ùt quidam putant, ut poſitivè dicant, ſe illam poſſeſſionem à majoribus percepiſſe, dummodò contrarium non audiverint *d.l.28. ff. de probat. laud. Colendiſſ. D. P. Coll. ibid. n.* 13. ubi etiam reſpondet ad contraria.

Cauſa efficiens eſt jus, ſed quale? Nos omiſsis aliorum opinionibûs, de quibus videri poteſt prælaud. *Magnif. cit. l. cap. 2. §. 1. & 2.* reducimus præſcriptionem ad jus naturæ unicô hôc argumentô perſuaſi, quòd ſuppoſita rerum diviſione debeat aſſignari aliquis modus regularis, ac ordinarius, ubi aliquis certus ſit de dominio rei, quàm tempore, ſaltem immemoriali poſſedit, ita, ut non tantùm poſſit ſe contra alios defendere, ſi adhuc poſſideat, ſed etiam rem ſuam contra quemcunque poſſeſſiorem, qui dominium probare non poteſt, vindicare, atqui ſublata præſcriptione vix ſupereſt modus regularis, ac ordinarius: non enim ſufficit, probari poſſe, ſibi rem fuiſſe traditam titulo habili ad transferendum dominium, cùm tradens poſſit non fuiſſe dominus: *Occupatio* verò rerum NULLIUS, vel *Acceſſio* ſunt modi rariores, qui regulariter non occurrunt: conſequenter aſſignandus eſt modus alius, qui frequenter occurrit, & non eſt alius, quàm præſcriptio. 3

Neque dicas, ſufficere, quòd quilibet defendatur in ſua poſſeſſione, donec alter dominium claris argumentîs non probaverit (a): nam hoc durum foret, ſi poſſeſſor, non obſtante poſſeſſione longiſſima, vel ſaltem immemoriali, adhuc deberet eſſe in perpetuo timore, ac juſta formidine, ne alius veniat, ſibique de dominio controverſiam moveat, & rem omninò vindicet. Accedit etiam æquitati hujus ſententiæ præſumptio generalis rei derelictæ, quæ ex curſu tanti temporis eruitur: cogitandum enim eſt, & de hominibus benè ſperandum, ait *Grotius de jur. Bell. & Pac. lib. 2. c. 4. §. 8.* ac propterea non putandum, eos hoc eſſe animo, ut rei caducæ causâ hominem alterum (id eſt poſſeſſorem, ſeu præſcribentem) velint, quantum in ſe eſt, in perpetuo peccato verſari; quod evitari ſæpè non poterit ſine tali derelictione: & quamvis in uno, vel altero tenacitati magis addicto ejusmodi animum defi-

(a) Sed quomodo, ſublata præſcriptione, probabitur dominium v. g. fundi, ſylvæ (ſiquidem quoad domum poſſet tandem deveniri ad illum, qui in ſuo ædificavit) aliarúmque rerum, in quibus regulariter non obtinent modi naturales? *Vix*, ac ne vix quidem: Et hinc, ſi præſcriptionem hoc jure negas, poſſeſſionem potiùs, quàm dominium adſtruas, neceſſum erit, rebus iis exceptis, quæ vel acquiſitione originaria, vel acceſſione, ſive naturali, ſive artificiali acquiri poſſunt.

cere contingat, eliditur tamen hæc præſumptio particularis per fortiorem, quòd ſi retinuiſſet animum rem ſuam habendi, haud dubiè diligentiùs in illam inquiſiviſſet.

Neque hic, utpote in materia juris naturalis verſantibus, authoritas Juſtiniani *in §. ult. de uſu & habit. & pr. Inſtit. h.* tanta eſt, ut nos ab hac ſententia dimoveat; cùm ſit materia extra illius deciſionem poſita. Vel etiam, ſalva Imperatoris deciſione, dici poteſt, præſcriptionem eſſe juris civilis quoad determinationem temporis, ejúsque differentiam inter res mobiles, & immobiles, inter præſentes & abſentes; ſicut actiones probabiliſſimè dicuntur juris naturalis, vel ſaltem gentium quoad ſubſtantiam, eſto, quoad modum ubique nuncupentur juris civilis, uti probat *Clariſſ. D.D. Franz p.m.* (aliàs hìc *num. 6.* nobis contrarius) *Inſtit. lib. 4. tit. 6. part. 1. §. 4. num. 9.* Idem dicendum juxta alios de tutelis, de ſucceſſionibus tum teſtamentariis, tum ab inteſtato, quæ reducuntur ad modos naturales, eſto, dicantur juris civilis quoad determinationem. Exinde erues, præſcriptionem etiam obſtringere ſumma Capita, hoc ipſo, quòd prærogativa temporis jure naturali ſit potens ad transferendum dominium, ſeu aliud jus ab uno ad alium.

4 Subjectum præſcriptionis duplex eſt, Activum & Paſſivum. *Activum* eſt præſcribens. Præſcribere autem poteſt omnis, qui eſt capax *juris realis*, vel *perſonalis*, ſi de præſcriptione poſitiva: vel *obligationis* ſeu *juris paſſivi*, ſi de negativa ſit ſermo: adeóque in ſpecie præſcribere poteſt I. tam Pater, quàm Filiusfamilias juxta peculiorum tamen diverſitatem, de qua infrà ſuô locô: videatur interim *l. 4. §. 1. ff. de uſurpat. & uſuc. ſeu h. t.* II. Pupillus infante major tam cum, quàm ſine authoritate tutoris *d. l. 4. §. 2.* dummodo rem animô poſſidendi, ſeu ſibi habendi acceperit. *arg. l. 3. §. 1. ff. de A. vel A. P.* Dictum fuit *infante major:* nam, ſi infans ſit, debet tutor ſupplere animum poſſidendi *l. 32. §. 2. ff. d. t.* III. Furioſus, non tantùm illud, quod ante furorem accepit, de quo certum eſt *d. l. 4. §. 3. ff. l. 44. § pen. ff. h. t.* ſed etiam probabiliùs id, quod durante furore, accedente curatoris conſenſu, acquiſivit; ſicut enim tutor ſupplet animum poſſidendi in infante *l. 1. §. 5. d. l. 32. §. 2. ff. de A. vel A. P.* ita & curator illum ſupplet in furioſo *arg. §. 10. de inut. ſtipul.* ubi æquiparantur. Econtra præſcribere non poſſunt ſervi, cùm ſint incapaces juris activi *l. 10. §. 1. ff de A. R. D. arg. l. 32. ff. de R. J.* eſto, utilitatis causâ receptum ſit, ut dominus etiam ignorans ex cauſa peculii per ſervum acquirat *l. 9. ff. h. t. l. 44. §. 1. ff. de A. vel A. P.* Idem dicendum de Religioſo quoad jura temporalia. Limita tam in ſervo, quàm in Religioſo, ſi agatur de præſcriptione privativa; cùm poſſint mediante præſcriptione ab obligatio-

ne

ne ſaltem naturali, quâ fortè alteri erant obſtricti, ſe liberare, hoc ipſo, quòd hujus obligationis ſint capaces. *arg. l. 14. ff. de O. & A.*

Subjectum paſſivum eſt ille, contra quem præſcribitur. Currit 5
autem præſcriptio contra omnes, qui capaces ſunt juris activi, neque ſunt impediti impedimentô juris (ſecùs de impedimento facti, v.g. abſentiâ, morbô, defectu pecuniarum) ad agendum. Ratio prioris eſt; quia præſcribens vel acquirit jus activum illius, contra quem præſcribit, ſi præſcriptio ſit poſitiva: vel ſe à jure activo ſaltem liberat, ſi ſit privativa. Ratio poſterioris eſt: quia durum, imò iniquum foret, ſi ille, qui de jure impeditus eſt ad agendum, ideo jus ſuum amitteret, quia non egit, cùm tamen agere, quàm maximè voluiſſet, non potuerit: *quis enim* (ait Imperator in *l. 1. §. 2. C. de ann. except.*) *incuſare eos poterit, ſi hoc non fecerint, quod, etſi maluerint, minimè adimplere, lege obviante, valebant.* Inde fluit, quòd neque I. contra Filiumfamilias, quamdiu durat patria poteſtas, in peculio adventitio ordinario, ubi pater adminiſtrationem, & uſumfructum habet *d. l. 1. §. 2.* Neque II. contra uxorem in dote durante matrimonio *l. 30. C. de jur. dot.* Neque III. contra pupillum durante ætate pupillari (quamvis hoc ſit magis privilegium ætatis pupillaris *l. 3. C. de præſc. 30. vel 40. annor.*) ſi initium ducat ab ipſo pupillo. Neque IV. probabilius in Feudis, vel fideicommiſſis familiæ, vivente proximiore contra remotiores, *arg. 2. feud. 26. §. 5. verſ. Titius.* Ratio horum omnium eſt; quia ejusmodi perſonæ ſunt hìc & nunc impeditæ de jure ad agendum, ſeu ad jus ſuum in judicio vindicandum. Neque V. contra illum, qui jus habet ſub conditione, vel ex certo die, niſi poſt impletam conditionem, vel adventum diei *l. 7. §. 4. C. de Præſcript. 30. vel 40. annor.* Verùm

Hæres, ùt video, dubius, imprimis circa pupillum, dum in re 6
à pupillo empta uſucapio procedere dicitur *in l. 2. §. 15. ff. pro empt.* Sed reſponderi poteſt, vel textum ſupponere pupillum non vendidiſſe rem propriam, ſed alienam, ùt caſus habetur in *d. l. 2. §. 8.* adeóque non fuiſſe rem pupillarem: vel in caſu legis admitti uſucapionem ob ſpecialem æquitatem, quia emptor erat in juſto errore facti; quam reſponſionem ſuggerit §. immediatè ſequens *16. d. l. 2.*

Graviùs obſtat, inquis, *l. 4. §. 24. de dol. mal. & met. except;* ubi ſupponitur res pupilli uſucapta. Reſpondetur locò *ET* ponendum *NEC*, ùt habetur ad ipſiſſimum hunc caſum legis deciſio negativa *in l. 2. ff. de eo, qui pro tut.* Id, quòd manifeſtè colligitur ex verbis ſeqq. Textus oppoſitus ita habet: *Nam ſi is, qui pro tutore negotia gerebat, rem vendiderit, ET uſucapta ſit* (lege NEC uſucapta

ſit (a) *exceptionem non nocere pupillo* REM SUAM vindicanti: quomodo enim dici poſſet, rem ſuam vindicare, ſi fuiſſet uſucapta? ſi hoc non placet, poterit textus ſumi de uſucapione poſt pupillarem ætatem completa. *Voët. ff. h. num. 13.* non enim novum eſt appellari pupillos, qui jam puberes facti ſunt *l. 20. ff. de R. N. l. 5. §. 5. ff. de admin. & per. tut.*

Quid ſi uſucapio initium ſumpſerit à defuncto? Diſtinguendum, utrùm poſſit compleri, antequam pupillus naſcatur, vel non? Si priùs, currit quidem, & completur *l. 45. ff. de minor.* ſalvô tamen beneficiô reſtitutionis in integrum, ſi fuerit natus homo, non monſtrum. Unde hic receditur à communi regula, quòd poſthumus habeatur pro nato: noluerunt enim jura propter incertam nativitatem poſthumi certum curſum præſcriptionis ſiſtere; ſed crediderunt, ſufficere, ſi habeat beneficium reſtitutionis in integrum. Simile exemplum invenies *in §. 1. Inſt. de exher. lib.* ubi ſi poſthumus ſit à patre præteritus; teſtamentum interim ſuſtinetur, & primùm nativitate poſthumi rumpitur, juxta dicta *de Jure perſon. n. 2.* ſi verò pupillus naſcatur, antequam præſcriptio potuerit compleri, interim durante ætate pupillari dormit, ex dicendis infra: & iſta intellige de præſcriptione legali: præſcriptio enim conventionalis, quæ nimirum ex pacto defuncti terminum præfixum habet, indiſtinctè contra pupillum currit, & quidem ſine ſpe reſtitutionis in integrum *l. 38. ff. de min.* quia hæres non poteſt impugnare factum defuncti *l. 14. C. de R. V. l. 143. ff. de R. J. Magnif. P. Schmier cit. tr. cap. 3. num. 76. & ſeqq.* Idem dicendum, ſi ſit legalis, ſed completa contra defunctum ante ejus mortem, quamvis filius jam antea fuerit conceptus, aut etiam natus; quia non contra pupillum, ſed prorſus contra defunctum fuit completa: etenim illud jus, quod filius in bona patris naſcendo acquirit, eſt adhuc in incerto, & à patre, qui bona ſua dilapidare poteſt, totaliter dependens.

7 Rogas ulteriùs, quid dicendum de minoribus? Circa præſcriptionem contra defunctum inchoatam eadem eſt, quæ in pupillis, proportionaliter juris diſpoſitio, ùt probat *Stryck. integ. diſſ. ad d. l. 38. ff. de min.* (eſt 1ma Volum. 1. inter diſſ. Francof.) ſi autem initium, ſeu originem ducat præſcriptio ab ipſa perſona Minoris, diſtinguendum inter præſcriptionem innominatam, & nominatam: Hæc, ſi ordinaria ſit, non currit, adeóque tempus minorennitatis in præſcriptione ordinaria ſubtrahitur. Per textum apertum *in l. 3. C. quib. non objic. long. temp.*

(a) Ergo, infers, hoc ipſo ſupponitur poſſe uſucapi, cùm textus excipiat, poſſe vindicari ſi non ſit uſucapta. Ita eſt, ſi non ſit uſucapta poſt pupillarem ætatem; vix enim ùt pupillus repetet: ſupponitur itaque, egreſſum pubertatem velle repetere; id quod etiam poterit, ſi poſt pubertatem non ſit completa uſucapio.

Digitized by Google

temp. præſc. ibi: *Non eſt incognitum, id temporis, quòd in minori ætate tranſmiſſum eſt, longi temporis præſcriptioni non imputari: ea enim tunc currere incipit, quando ad majorem ætatem dominus pervenerit.* Quapropter præſcriptio ordinaria durante minorennitate dormit. Currit tamen extraordinaria *l. 3. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. l. ult. C. in quib. cauſ. in integ. reſtit. non eſt nec.* Illa, videlicet innominata, in iis caſibus in quibus olim currebat, ſed ſalvô remediô reſtitutionis in integrum (*vid. l. 8. C. de in integ. reſtit.*) non ampliùs procedit, ſed eſt planè annullata in *d. l. ult. C. in quib. cauſ. in integ. reſt.* ex ratione ibidem annexa, *quòd meliùs ſit, intacta jura ſervare, quàm poſt vulneratam cauſam remedium quærere.* Caſus autem refert *laud. Magn. loc. mox cit. n. 86.* (a)

Rogare pergis, cur præſcriptio in feudis, ſeu fideicommiſſis familiæ contra proximum completa non noceat remotioribûs? Ideo, quie proximus poſſeſſor non potuit per ſuam negligentiam (uti neque per alienationem *d. 2. feud. 26. §. 5. verſ. Titius*) remotioribus (qui jus non ab ultimo poſſeſſore, cui hic & nunc fit ſucceſſio, ſed à primo concedente, ſeu fideicommittente quæſitum habent *l. 69. §. 3. ff. de leg. 2*) præjudicare. Neque dictis contrariatur *l. 36. ff. de uſu & uſufr. leg.* quia non loquitur de fideicommiſſo familiæ, de quo nos hactenus, ſed de ſimplici, ubi uni tantùm fideicommiſſario proſpectum voluit fideicommittens. Conſul. ſæpè *laud. Magn. d. l. §. 2.* & cum eo *Clariſſ. D. P. Böckhn. l. cit. art. 2. num. 8.* 8

Objectum præſcriptionis ſunt res, quæ poſſunt præſcribi: ubi pro regula traditur, omnes res poſſe præſcribi, quæ non ſunt ſpecialiter exceptæ. *arg. l. 3. & 4. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* Excipiuntur autem I. Res humano commercio exemptæ, ùt ſunt *Res Sanctæ* (excipe ad uſus ſacros applicandas) *Sanctæ & Religioſæ §. 1. h. t. 9. ff. eod.* (ſcilicet ipſa fundi portio; ſecùs dicendum de jure ſepeliendi *l. 6. C. de Relig. & ſumpt. fun. arg. l. 14. C. de legat.*) Item res *Communes*, *Publicæ*, & *Univerſitatis*, quæ quà tales à privatis præſcribi nequeunt *d. l. 9. l. 45. ff. h. t.* id eſt *de uſurp. & uſuc.* II. *Limites*, ac termini Regionum, Diœceſium, Parochiarum *c. 4. & 5. cauſ. 16. q. 4. c. 4. de paroch.* quod tamen capiendum de limitibus formaliter talibus, ne emergat perpetua confuſio: ſiquidem ipſa portio terræ limitans præſcriptionem non effugit, dummodò conſtet de finibus; veluti eruitur ex *cap. 6. & 15. h. t.* III. *Liber* 9

(a) Súntque iſti (1.) in *l. ult. C. ſi adverſ. fiſc.* in ſubhaſtatione bonorum minoris (2.) in *l. 2. C. de in integ. reſtit.* Si minor bonorum poſſeſſionem ſtatuto tempore non petiis (3.) in *l. 85. ff. de O. & A.* Si minor ſinat præterlabi actiones annales (4.) in *l. 2. C. de ædilit. edict.* circa actionem redhibitoriam. In his jam caſibus reſtitutione non ampliùs indiget.

Digitized by Google

ber homo, cùm libertas ſit pretiô inæſtimabilis *l. 106. ff. de R. J.* IV. *Res vitioſæ*, quales ſunt res furtivæ, vi poſſeſſæ (ubi non ſufficit violenta dejectio, ſed requiritur violenta occupatio *l. 4. §. 22. l. 33. §. 2. ff. h. t.*) & contra legem Juliam Repetundarum à Judice, ut magis vel minùs officiô ſuô fungatur, acceptæ *§. 2. & 3. h. l. pen. princ. & §. un. ff. ad L. Jul. repet.* quæ non tantùm ab ipſis malæ fidei poſſeſſoribus, quod alia ratione certum eſt, ſed neque ab aliis poſſunt præſcribi, niſi vitium v. g. furti fuerit purgatum *d. l. 4. §. 6. h.* purgatur autem vitium, ſi redeat ad priorem dominum (a), vel illum, qui locò dominì habetur; puta tutorem *l. 56. §. 4. ff. de furt.* Limita, niſi ipſe tùtor furtum commiſerit, quo caſu debet redire ad ipſum pupillum *l. 7. §. 3. ff. pro empt.* (b)

Quid, ſi debitor creditori pignus auferat? Negatur furtum committi *in d. l. 4. §. 21. h. & l. 5. ff. pro empt.* contrarium aſſeritur *in l. ult. ff. h. t. l. 66. ff. de furt.* Optimè hos textus ſibi in ſpeciem oppoſitos conciliare videtur præeunte *DD. Rath. Magnif. D. P. Schmier d. tr. c. 4. n. 38.* ubi docet, quoad dominium rei oppignoratæ furtum non committi; quia eſt res propria debitoris; benè verò quoad actionem hypothecariam.

10 Controvertitur, num fructus rei furtivæ etiam ſint furtivi? Affirmativam tuetur *Clariſſ. DD. Franz p. m. h. t. n. 18.* Negativæ patrocinatur laud. *Magnif. ibid. n. 45.* Et hæc poſterior ſententia ſatis luculenter eruitur *ex l. 48. §. 2. ff. de A. R. D.* ibi: & ovium *fœtus in fructu ſunt, & ideo ad bonæ fidei emptorem pertinent, etiamſi prægnantes venierint, vel* NB. *ſubreptæ ſint.* His conſonat *l. 48. §. 6. ff de furt.* *Ex furtivis equis nati ſtatim ad bonæ fidei poſſeſſorem pertinebunt*, meritò, *quia in fructu numerantur: at partus ancillæ furtivæ non numeratur inter fructus.* Jungatur textus non minùs evidens *in d. l. 4. §. 19. ff. h. t.* ibi: *Lana ovium furtivarum, ſiquidem apud furem detonſa eſt, uſucapi non poteſt: ſi verò apud bonæ fidei poſſeſſorem contrà, quoniam in fructu eſt, nec uſucapi debet, ſed ſtatim emptoris fit.*

Neque obſtat *d l. 48. §. 5. de furtis*, ubi, poſtquam Ulpianus declaravit, partum ancillæ furtivum eſſe, quando ancilla fuit ſubrepta prægnans, eſto apud bon. fid. poſſeſſorem edatur. *Idem & in pecudibus ſervandum* ſtatuit, & *in fœtu eorum, quod in partu.* Nam ibi ponun-

(a) Eodem modo, ſeu ex eadem cauſa, qua antea habuit. *d. l. 4. §. 12.* Et quidem ad dominum ſcientem. *l. 86. ff. de furt.* juncta tamen *d. l. 4. §. 7. 8. & 9. ff. h. t.*

(b) Dices: ſi commodatarius, vel depoſitarius furtum commiſerit; & pœnitentia ductus rem commodatam, ſeu depoſitam, quam alienaverat, redemerit, vitium purgatur. *d. l. 4. §. 10. ff. h.* Et cur non idem de tutore? Quod non purgetur vitium, ſi res ad tutorem redeat, eſt ſpecialis ratio, quia habetur loco domini, quæ ratio utique ceſſat, ſi pupillum ſpoliat. *d. l. 7. §. 3.* Accedit, quod cautius mercandum ſit cum tutore, qui, utpote publicè conſtitutus, non tam facilè poteſt ignorari.

Digitized by Google

cuntur duo membra; primùm, ſi ancilla ſit ſubrepta prægnans, & tunc partus, ubicunque edatur, furtivus eſt. Alterum de ancilla, quæ concepit apud bonæ fidei poſſeſſorem, ibique peperit; quo caſu partus furtivus non eſt, ſed uſucapi poteſt. Jam quod in hoc ultimo caſu obſervatur quoad partum ancillæ, illud indiſtinctè de fœtu pecudum tenendum, ſive apud bonæ, ſive apud malæ fidei poſſeſſorem conceptus ſit: quod enim inter partum ancillæ, & fœtum pecudum non ſit omnimoda paritas, patet ex verbis finalibus *§. 6.* immediatè *ſeqq. d. l. 48.* in verbis: *At partus ancillæ non numeratur in fructu.*

* Dices: fœtus utique furtivus eſſe debet, hoc ipſo, quòd fuerit unà cum ipſo ventre ſubreptus. Reſpondetur, fuiſſe quidem furtivum, ſed tantùm per accidens, & acceſſoriè, quatenus erat pars ventris furtô ſubrepti: ſi igitur ceſſat eſſe pars, etiam ceſſabit furti vitium: (a) & hinc ad exemplum aliorum fructuum cedet bonæ fidei poſſeſſori *arg. §. 35. de R. D. & l. 48. pr. ff. de A. R. D.* quod de partu ancillæ dici non poteſt, cùm non numeretur inter fructus. *§. 37. Inſt. de R. D. l. 28. §. un. ff. de uſur. & fruct.*

Excipiuntur V. jura meræ facultatis, quæ homines (ita definit *Clariſſ. D. D. Franz h. n. 9.*) citra ullam conventionem, vel obligationem ex jure naturalis libertatis pro ſuo arbitrio exercere poſſunt, vel omittere. Aliter deſcribit *Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn cit. art. 2. n. 15.* quem omninò vide. Eſt tamen diſtinguendum, utrùm ſint jura, ſeu actus meræ facultatis propriè vel impropriè tales: Illi dicuntur, qui ita ſunt permiſſi, ut ex illorum prohibitione nullum poſſit in prohibentem redundare commodum: quò ſpectant jus eundi per viam publicam, adeundi forum, lavandi, hauriendi ex flumine publico. Iſti, quorum fundamentum eſt quidem libertas naturalis, ita tamen, ut ex illorum prohibitione poſſit in alterum redundare æſtimabilis utilitas: hujus generis ſunt vinum, ſeu cereviſiam apud hunc vel illum hoſpitem ſumere, hunc vel illum molitorem adire. Priores à præſcriptione ſunt immunes *l. 2. ff. de via publ. & itin. publ. ref. & ibi Brunnem. n. 2.* Non item poſteriores *arg. l. 3. & 4. C. de præſcript. 30. vel 40. ann.* præſertim, ſi accedat prohibitio unius, & acquieſcentia alterius, quæ in actibus negativis omninò eſt neceſſaria. Habes exempla. Pone Monaſterium aliquod ſumpſiſſe per multos annos cereviſiam apud certum Braxatorem: cùm autem Monaſterium variare, & alium Braxatorem adire vellet, primus prohibuit putans, ſubeſſe ex parte monaſterii aliquam obligationem: Monaſterium prohibitioni acquievit, & cereviſiam apud priorem Braxatorem ſumere pergit. Hic haud dubiè poterit ab hac prohibitione facta in-

(a) Jungatur textus notabilis in *l. 10. §. fin. ff. h. t.*

inchoari, & tempore longiſſimo finiri præſcriptio. Imò probabiliter defendi poteſt in hac præſcriptione (quæ eſt juris affirmativi, quatenùs præſcribens jus quoddam activum acquirit) non requiri abſolutè loquendô prohibitionem, ſed ſufficere ſolum exercitium tempore extraordinario interruptim continuatam, per quod præſcribens jam conſtituitur in quaſi poſſeſſione. Fac econtra, me per multos annos non ſuſtuliſſe meas ædes altiùs, quod tamen jure naturalis libertatis facere poteram (en actus negativus, quo jus meræ facultatis in altero extinguitur absque eo, quòd præſcribens acquirat jus aliquid faciendi) hic jus meum non amitto, niſi præceſſerit prohibitio vicini, & ex parte mea acquieſcentia, per quam præſcribens conſtituatur in quaſi poſſeſſione.

12 Dubitatur, utrùm jus luendi pignoris, aut ſolvendi debiti ſpectet ad actus meræ facultatis, adeóque an huic juri poſſit creditor præſcribere ita, ut debitori poſt ſpatium 30. vel 40. annorum non ampliùs competat actio pignoratitia directa ad repetendum pignus. Negat hanc actionem extingui poſt alios *Zoëſ. ff. b. n. 41.* Contra ſentiunt cum aliis *Magnif. D. P. Schmier d. l. n. 26. Clariſſ. D. D. Franz b. t. n. 10.* quibus & nos accedimus ſuffulti generali regula, quòd omnes actiones jugi ſilentiô 30. vel 40. annorum perimantur; huic igitur ſtandum, donec probetur exceptio. Facit etiam, quòd jus creditoris tam contra debitorem, quàm contra alterum creditorem pignoris poſſeſſorem 30. vel 40. annis extinguatur *l. 7. §. 2. & 3. C. d. t.* cur non etiam jus debitoris contra creditorem perire poterit?

Dices I. contra impeditum impedimentô juris non currit præſcriptio: debitor autem ante ſolutionem impeditur repetere, cùm primùm ſolutô debitô naſcatur actio pignoratitia l. *9. §. 3. ff. de pignor. act.* Reſpondetur negandô, debitorem eſſe impeditum impedimentô juris; cùm liberum ſit ei ſolvere, & pignus repetere. Illud quoque falſum eſt, actionem primùm naſci, quando ſolvit: ſiquidem quoad ſubſtantiam eô momentô naſcitur actio, quo ponitur contractus pignoris: poſito enim contractu ponitur obligatio utrinque: poſita verò obligatione, utpote causâ actu cauſante, ponitur etiam actio *§. ult. Inſt. quib. mod. re contr. oblig.* eſto, ejus exercitium primùm naſcatur ſolutô debitô: ita intellige *d. l. 9. §. 3.* Hinc eſt, quòd ſolutô debitô ceſſare dicatur *in l. 11. §. 3. ff. de pig. act.* quomodo autem, ſi nondum eſſet nata, ceſſare poterit? Deinde quis unquam dixit, ex eo, quòd emptor ante ſolutionem pretii agere non poſſit *l. 13. §. 8. ff. de A. E. V.* actionem empti non eſſe natam?

Dices II. Non ſufficit habere actionem quoad ſubſtantiam, uti patet de creditore ex die tali, cui etiam competit actio quoad ſubſtantiam

tiam

Digitized by Google

tiam *l. 213. ff. de V. S.* & tamen non currit contra illum præſcriptio juxta dicta *n. 5. verſ. neque. ſtò* Reſpondetur, latam eſſe diſparitatem; quia talis creditor eſt impeditus impedimentò juris, quod removere pro libitu non poteſt, ſed diem exſpectare cogitur.

Dices III. Solvere debitum, & pignus luere eſt actus meræ facultatis, quibus nunquam præſcribitur. Reſpondetur; eſſe actum meræ facultatis quoad nudum factum ſolutionis, non autem quoad jus, hoc ipſo, quòd oriatur ex contractu, & conſequenter hæc facultas reſtricta ſit ad certum tempus.

Dices IV. Utique creditor eſt in mala fide, cùm ſciat, ſe rem alienam poſſidere. Reſpondetur hoc argumento tantùm probari, quòd creditor non poſſit præſcribere ipſam rem, quod nos non contendimus: Interim tamen hæc ſcientia rei alienæ non officit, quò minùs actioni pignoratitiæ præſcribatur, utpote quæ ſine animo præſcribendi, vel poſſidendi, uti alias actiones perſonales, ſuo pondere tempore extraordinario extinguitur.

Ergo, ſubinfers, datur debitori rei vindicatio, conſequenter creditor in effectu nihil præſcripſit. Verùm falleris, ſi exiſtimas, rei vindicationem in effectu non differre ab actione pignoratitia: nam pignoratitia perſonalis eſt, competens ſive res exiſtat, ſive non, dummodò probetur, pignus fuiſſe traditum: rei vindicatio econtra realis eſt, neque competit, niſi res exiſtat; & inſuper probetur dominium, quod perdifficile eſt; ut omittam, quòd multa veniant in actione pignoratitia, quæ exigi non poſſunt in rei vindicatione, vid. interim textus *in l. 6. §. un. l. 42. ff. de pignor. act.*

Excipiuntur tamen VI. *Jura Majeſtatis intrinſeca*, quæ nimirum 13
ipſam Majeſtatem conſtituunt, ut ſine illis ſalva conſiſtere nequeat; quò ſpectat jus ferendi leges, ultimæ cognitionis, ſupremæ Advocatiæ, & ſimilia, quæ diſtinguunt Majeſtatem ab aliis poteſtatibus: hæc à ſubdito quà tali nulla præſcriptione etiam immemoriali acquiri poſſunt; quia ſubditus non eſſet ampliùs ſubditus, & Majeſtate gaudens non ampliùs Superior. Inde fluit, quòd jus exigendi collectas publicas, & univerſales nulla præſcriptione poſſit abrogari *l. 6. C. de præſcript. 30. vel 40. ann.* Aliud dicendum de Juribus Majeſtatis extrinſecis, quæ ſcilicet ſalva Majeſtate poſſunt ab imperante avelli, ac aliunde ex ſpeciali privilegio etiam aliis indulgeri, qualia ſunt jus creandi Magiſtratus, jus aggratiandi, vel relaxandi pœnas, monetas cudendi &c. hæc enim, uti poſſunt per privilegium concedi, ita etiam per præſcriptionem acquiri *arg. l. 4. C. de præſcr. 30. vel 40. annor.*

Digitized by Google

§. II.

De Forma, Effectu, & Contrariis Præſcriptionis.

14 FOrma præſcriptionis abſolvitur requiſitis. Requiſita ſunt

Æqua Fides, Juſtus Titulus, Poſſeſſio, Tempus.

ÆQUA, ſeu BONA FIDES definitur in genere à *Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn d. tr. diſſ. 3. art. 1. n. 7.* quòd ſit *conſcientia à peccato in juſtitiæ illæſa:* unde apparet, aliquem tamdiu eſſe in bona fide, quamdiu ſcit, vel credit, ſe non agere contra juſtitiam: Idcircò in præſcriptione poſitiva, ubi opus eſt poſſeſſione, vel quaſi, erit *conſcientia, vel credulitas, ſe juſtè poſſidere, quod babet*, adeóque ſcientia rei, vel juris alieni (niſi authoritate legis, ſeu Judicis poſſideat) jam inducet malam fidem: in negativa erit *conſcientia, ſeu credulitas, ſe nihil agere contra ſuam obligationem:* quapropter hic ſcientia juris alieni malam fidem non parit: ſufficit enim, quòd præſcribens nihil agat contra ſuam obligationem: Hinc infertur, quòd, etiamſi cum ſcientia juris alieni non poſſim ſervitutem præſcribere; quia poſſidendô jus alienum in mala fide conſtituor; potero tamen ſervituti (idem de aliis juribus) præſcribere; quia, eſto, ſciam, alteri me debere ſervitutem, non tamen teneor, illum monere, ut jure ſuo utatur, conſequenter, ſi alter jure ſuo debito tempore non utitur, præſcribo, quia licèt ſciverim, nihil egi contra meam obligationem, quæ tantùm conſiſtebat in exhibenda patientia, ſi dominans debitô modô ſervitute uti voluerit. Propterea abutuntur terminis, qui docent, præſcriptionem privativam cum mala fide procedere: Aliud enim eſt dicere, præſcriptionem currere *cum mala fide:* aliud *cum ſcientia juris alieni:* priùs falſum eſt ex mox dicendis: poſterius hoc ſenſu verum, quòd ſcientia juris alieni non ſemper (ſcilicet in præſcriptione privativa) inducat malam fidem. conſul. tamen deſuper *Magnif. D. P. Schmier p. m. d. l. c. 5. §. 3. per tot. & Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn. cit. diſſ. 3. art. 2. n. 9. & 10.* Cæterùm circa bonam fidem ſecernendum eſt jus Canonicum à civili: hoc quippe jure bona fides tantùm requiritur ab initio præſcriptionis ordinariæ, ita, ut ſuperveniens, quamvis præceptionem fructuum impediat, tamen non interrumpat perſcriptionem *l. 48. §. 1. ff. de A. R. D.* ſed quænam inter præſcriptionem, & perceptionem fructuum circa bonam fidem diverſitas? Hæc, quòd uſucapio *ad jus*, bona fides econtrà *ad factum* pertineat, & ſingula momenta perceptionis ſpectanda ſint *l. 23. §. 1. d. l. 48. §. 1. de A. R. D. Illuſtr. DD. Coll. de Herz de Beat. Cive part. 2. c. 3. n. 26.* Dixi: *præſcriptionis ordinariæ*, nam præſcriptio extraordinaria currit de jure civili, etiamſi ab initio adfuerit mala fides *l. 1.*

C.

Digitized by Google

C. de Præſc. 30. vel 40. ann. ita tamen, ut non pariat dominium, ſeu jus poſſeſſum, ſed tantùm exceptionem, adeò, ut præſcribens, poſſeſſione amiſſa, atque ad priorem dominum reversa non poſſit ab eo (a) vindicare, veluti ex *l. 8. §. 1. C. d. t.* ſolidè deducit, & eruditè advertit *laud. Colendiſſ. D. P. Coll. Böckhn d. l. num. 11.* Jure autem Canonico (cui, utpote in materia peccaminoſa, ſtandum eſt) bona fide tam ab initio, quàm in decurſu usque ad finem cujuscunque præſcriptionis opus eſt. Ita ex generali Synodo Innoc. III. *in cap. fin. h. t.* ibi: *Quoniam omne, quod non eſt ex fide, peccatum eſt, Synodali judicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide præſcriptio tam canonica, quàm civilis; cùm generaliter ſit omni conſtitutioni, atque conſuetudini derogandum, quod absque mortali peccato non poteſt obſervari. Unde oportet, ut, qui præſcribit, in nulla temporis parte rei habeat conſcientiam alienæ.*

De dubio quid dicemus? Dubium eſt vel Speculativum, vel Practicum. 15
Illud eſt, quando quis in genere dubitat, utrùm ſit dominus rei, quam poſſidet, vel utrùm à vero domino habeat. *Iſtud* eſt, quando animus in hoc dubio in genere non ſiſtitur, ſed ulteriùs ad ſpecialia deſcendit, & fluctuat, num hic, & nunc licitè agat v. g. num licitè poſſideat, licitè emat: toties igitur erit dubium practicum, quoties dubitat de actione hìc & nunc ponenda, ſeu exercenda. De utroque dubitatur, utrùm præſcriptioni obſit? Reſpondetur I. cum P. Engel *h. n. 14.* Dubium ſpeculativum nunquam obeſſe præſcriptioni, ſive ſuperveniat, ſive illam antecedat. Ratio generalis eſt, quia cum dubio ſpeculativo poteſt ſtare bona fides, ſiquidem, ſi ipſe dubitans poſſideat, poteſt ſtante dubio ſuperveniente, utrùm ſit dominus (hoc enim difficulter ſcire, & ideo etiam hoc dubium vix deponere poteſt) practicè ſe reſolvere, & dicere: *melior eſt conditio poſſidentis:* Jam hoc ipſum judicium formare poteſt, imò regulariter debet, de alio, à quo hic & nunc rem accipit, & dubitat, num ſit dominus (en dubium antecedens) & dicere: *in pari cauſa: melior eſt conditio poſſidentis: atqui venditor v. g. eſt poſſeſſor: ergo illius conditio eſt melior; conſequenter poterit illam in me transferre.* Dixi: *imò regulariter debet:* quia quilibet præſumitur bonus, donec probetur malus: ſicut igitur dubium ſpeculativum ſuperveniens, uti communiter docent, non impedit præſcriptionem, ita nec antecedens. Quia ex eodem fundamento deponi poteſt: aliàs enim rariſſimè inchoa-

(a) Imò neque ab alio, ad quem forte devenit; Sed dabitur priori domino contra illum, qui nullo titulo detinet, repetitio, niſi & iſte jam poſſideat tempore extraordinario: quo caſu dominus rurſus exceptione repelleretur. vid. *d. l. 8. §. 1. C. de præſ. 30. vel 40. annor.*

retur præſcriptio, cùm emptor ferè nunquam ſit certus de dominio venditoris; adeóque plerumque ſpeculativè dubitat.

Neque dicas I. cum *Clariſſ. D. D. Franz b. t. n. 49.* Utroque jure ad initium præſcriptionis requiritur bona fides; ſed bona fides non eſt credere, venditorem non eſſe dominum: ergo credens, venditorem non eſſe dominum, non poteſt ordiri præſcriptionem. Concedimus enim totum hunc diſcurſum, & negamus ſuppoſitum, quòd ſpeculativè dubitans credat, venditorem non eſſe dominum, cùm tantùm de ejus dominio dubitet, & potiùs credat, eſſe dominum, vel ſaltem bonæ fidei poſſeſſorem, quàm contrarium.

Neque dicas II. ut licitè rei poſſeſſionem capiam, debeo probabiliter judicare, eſſe meam, vel potiùs illius, qui illam in me transfert, hoc autem dubitans judicare non poſſum; cùm omne dubium in ſuo conceptu formali ſuſpendat judicium: Nam contrarium patet ex dictis; eſto enim dubium ſpeculativum ſuſpendat judicium ſpeculativum, non tamen ſuſpendit judicium practicum bonæ fidei operativum; ùt per ſe patet.

16 Reſpondetur II. Dubium practicum indiſtinctè, ſive antecedat, (quod, teſtante *Magnif. P. Schmier d. tr. c. 5. n. 89.* vix negabitur) ſive ſuperveniat, impedit præſcriptionem. Ratio rurſus generalis eſt: quia dubium practicum tollit bonam fidem: equidem bona fides eſt credulitas animi opinantis, ſe hic & nunc licitè agere: adeóque qui eſt in bona fide, practicè ſe determinat dicendô: *licitè ago, licitè emo, licitè poſſideo &c.* hæc enim eſt bona fides: dubitans autem practicè ſuſpendit practicè judicium de liceitate operationis; in hoc quippe conſiſtit dubium practicum; implicat autem circa eandem operationem, ſe practicè determinare, & formare judicium de licititate operationis, & ſimul practicè judicium ſuſpendere. Exinde jam advertis, quænam ſit inter dubium ſpeculativum, & practicum diverſitas. Illud non verſatur circa actionem hic & nunc ponendam, ſed eſt adhuc generale: quapropter ſine ulla implicantia cum determinatione practica componi poteſt, cùm dubium hoc, & determinatio verſentur circa diverſa. Econtra dubium practicum, & determinatio practica, quia verſantur circa eandem actionem, ſtare ſimul haud poſſunt.

Opponunt I. P. Engel, & alii, quòd ille ſaltem non poſſit præſcribere, qui habet conſcientiam rei alienæ *d. c. ult. b. t.* dubitans autem practicè non habet conſcientiam rei alienæ. Reſpondetur negandô, quòd ille tantùm prohibeatur præſcribere, qui conſcientiam habet rei alienæ; ſed etiam ille, qui practicè dubitat, hoc ipſo, quòd non ſit in bona fide, dum ſe de licititate operationis, ſtante hoc dubio, determinare non poteſt. Op-

Digitized by Google

Opponunt II. quòd talis non ſit in mala fide. Tranſeat: interim tamen neque eſt in bona fide, quæ ad præſcriptionem indiſpenſabiliter eſt neceſſaria. vid. *l. 32. §. 1. ff. b. & cit. cap. fin. eod.* Dixi: *Tranſeat,* Nam vix eſt, ut talis à mala fide abſolvi poſſit, cùm operandô cum dubio practico ſe exponat proximo peccandi periculo.

At hic indignabundus inſtabis: D. Auguſtinus illum inhæſitanter abſolvit à mala fide, dum *in cap. 5. cauſ. 34. q. 1. & 2.* ita diſcurrit: *In jure prædiorum tamdiu quisque bonæ fidei poſſeſſor rectiſſimè dicitur, quamdiu ſe poſſidere ignorat alienum: cùm verò ſciverit, nec ab aliena poſſeſſione receſſerit, tunc malæ fidei poſſeſſor perbibetur, tunc juſtè injuſtus poſſeſſor vocabitur.* Unde ſubinfers: quis negabit, eum, qui dubitat, ignorare alienum? vel quis dicet, eum ſcire, ſe alienum poſſidere? Sed motos compone fluctus! ſi textum benè perpendas, videbis, D. Auguſtino ſermonem eſſe de eo, qui fuit in ignorantia poſitiva, ſeu, qui nullô modô dubitabat: An tu negabis, fœminam illam, de qua textus loquitur, commiſſuram fuiſſe adulterium, ſi dubitâſſet practicè, num vir fuerit alienus? num licitè ei reddat debitum? & tamen ſtante dubio reddidiſſet?

Opponunt III. quòd talis non lædat juſtitiam, ſeu jus alterius, hoc ipſo, quòd illius conditio, utpote poſſidentis, à parte rei ſit melior. Reſpondetur, non lædere jus alterius in effectu, lædere tamen in affectu, ſeu animô, hoc ipſo, quòd ex hoc principio dubium non deponat, ſed illo ſtante operari, ſeu præſcribere pergat, & ita ſe periculo lædendi jus alterius exponat.

Quid dicendum de errore juris? numquid ille inducit malam fidem? Reſpondetur, ſi ſit error juris clari, & indubitati, haud dubiè inducere malam fidem ſaltem juridicam, ſeu fictam, adeóque regulariter impedire præſcriptionem ordinariam. Ita textus expreſſus *in l. 4. ff. de jur. & fact. ignor.* ibi: *Juris ignorantiam in uſucapione, negatur, prodeſſe.* Adſtipulatur alius textus æquè ſtringens *in l. 31. ff. b. t.* ibi: *nunquam in uſucapionibus juris error poſſeſſori prodeſt.* Ratio eſt, quia juris ignorantia eſt intolerabilis *d. l. 4. l. 7. & tot. tit. ff. de jur. & fact. ignor.* Unde ſi rem habeas à pupillo, quem ſcis pupillum, exiſtimes tamen pupillo licere res ſuas adminiſtrare, non capies uſu, ùt ait *JC. in l. 2. §. 15. ff. pro empt.* Dixi: *Error juris clari,* ſi nimirum quis ignoret, quod jure certo deciſum eſt, uti in dato mox exemplo: ſecùs dicendum de errore juris dubii, & controverſi, ùt ſi quis credat, relicta ſibi in teſtamento imperfecto poſſe bonâ conſcientiâ retinere: ejusmodi enim error non poteſt dici error, cùm adhuc ignoretur, num ſit error aut veritas, hoc ipſo, quòd ſit controverſum. Idem dicendum de errore facti alieni; 17

quia ignorantia facti alieni tolerabilis eſt, cùm facti interpretatio etiam prudentiſſimos fallat *l. 2. ff. de jur. & fact. ignor.* Dixi ſuperiùs *regulariter*: Excipiuntur perſonæ, in quibus ignorantia juris nec in damno, nec in lucro obeſt. Huc reducuntur Milites, Pupilli; non tamen, ut vult *P. Engel h. t. n. 15.* Minorennes, multò minùs Fœminæ *arg. l. 8. ff. de jur. & fact. ignor.* Dixi: *præſcriptionem ordinariam, non extraordinariam.* Siquidem ignorantia juris non inducit, niſi malam fidem præſumptam, ſeu rectiùs, fictam, cùm non admittat probationem in contrarium; mala fides autem ficta præſcriptioni extraordinariæ neutro jure nocet: non Civili, quia hoc jure non nocet vera, multò minùs nocebit ficta: non Canonicô; quia mala fides ficta non involvit peccatum: unde rectè dixeris, in mala fide ficta, ſeu juridica ſequi nos debere jus civile, quod nullibi fuit correctum: in mala fide autem vera, ſeu theologica, utpote peccaminoſa, jus canonicum: quod argumentum ſæpiùs redit.

Si opponas, textus ſupra allegatos eſſe generales, adeóque ad omnem præſcriptionem etiam longiſſimi temporis extendendos: falleris! cùm præſcriptio extraordinaria jure digeſtorum fuerit incognita; & primùm jure codicis introducta. *l. 3. & 4. C. de præſc. 30. vel 40. ann.*

18 Quid ſtatuendum de bona, vel mala fide Authoris, videlicet illius, à quo rem habemus? AUTHOR eſt vel *Univerſalis*, à quo nimirum rem habemus titulô univerſalî, puta, hæreditatis ſive civilis, ſive prætoriæ: vel *Particularis*, qui rem in alterum transfert titulô particularî v. g. legati, donationis, venditionis. De utroque paucis cape.

Bona fides authoris tam univerſalis, quàm particularis prodeſt ſucceſſori, ad quem res devenit, ita, ut poſſit tempus Authoris ad complendam præſcriptionem computare: Ita textus expreſſus *in §. 12. h. t.* quod de jure civili (ſecùs de canonico) procedit, quamvis ſucceſſor univerſalis pro ſua perſona fuerit in mala fide. Ratio eſt; quia fingitur eadem cum defuncto perſona.

Mala fides Authoris univerſalis nocet ſucceſſori ita, ùt præſcriptionem etiam à propria perſona, quamvis ſit in bona fide, inchoare non poſſit. Deſumitur concluſio ex *l. 11. ff. de div. temp. præſcr.* ibi: *cum hæres in omne jus defuncti ſuccedit, ignoratione ſua defuncti vitia non excludit.* Ideóque, quamvis hæres rem alienam ignoranter teneat, *tamen* (pergit paulò pòſt JCtus) *uſucapere non poterit, quod defunctus non potuit.* Id ipſum ſtatuit Tribonianus *in d. §. 12. h. t.* ibi: *quòd ſi ille* (defunctus) *initium juſtum non habuit, hæredi, & bonorum poſſeſſori, licet ignoranti poſſeſſio non prodeſt.* Ratio ulterior deducitur tum ex eo, quòd *vitia poſſeſſionum à majoribus contracta perdurent, & ſucceſſorem Authoris ſui*

cum-

Digitized by Google

culpa comitetur, uti diſſeritur *in l. 11. C. de A. vel A. P.* tum, quia hæres repræſentat perſonam defuncti; conſequenter, uti defuncto nocet mala fides vera, ita hæredi nocebit ficta. Limitatur concluſio I. ſi hæres aliô titulô ſuperveniente poſſideat. *vid. l. 5. §. 1. ff. de diverſ. tem. præſc.* II. in hæredis hærede, cùm non detur fictio fictionis, ſeu malæ fidei fictæ alia mala fides ficta, neque hic in materia odioſa procedit regula *l. 65. ff. de V. S.* quòd hæres hæredis teſtatoris hæres cenſeatur. Et quamvis etiam hæres hæredis teneatur exonerare conſcientiam defuncti, non tamen implicat, illum ex alio capite poſſe uſucapere *Magnif. P. Schmier d. c. 5. n. 148.* III. ſi defunctus ab initio fuit in bona fide: hic enim ejus mala fides ſuperveniens non nocet hæredi, neque de jure civili, quia mala fides ſuperveniens non nocebat ipſi defuncto, conſequenter multò minùs nocebit hæredi, neque de jure canonico, quia mala fides ficta, quæ hæredi imputatur, à jure canonico, utpote non peccaminoſa, non attenditur. (a) *Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. t. n. 88.* ubi etiam reſpondet ad contraria.

Ex dictis colliges, malam fidem authoris univerſalis non nocere 19
ſucceſſori quoad præſcriptionem extraordinariam; quia ejusmodi ſucceſſor eſt tantùm in mala fide ficta; hæc autem præſcriptioni extraordinariæ ex dictis neutro jure obeſt.

Mala fides authoris particularis olim quidem ſucceſſori haud nocebat, ſi præſcriptionem à ſe ipſo incipere voluerit *d. l. 5. pr. ff. de div. temp. præſc.* quia nullibi habetur, quòd ſucceſſor particularis fingatur eadem perſona cum ſuo Authore: Nocet tamen jure noviſſimo per *nov. 119. c. 7.* caſu quo nimirum res fuerit ignorante domino à malæ fidei poſſeſſore alienata: quia tamen textus loquitur de præſcriptione longi temporis inter præſentes, & abſentes, quæ diſtinctio tantùm obtinet in rebus immobilibus, ad res mobiles, utpote correctorius, non erit extendendus. Interim tamen mala fides Authoris etiam particularis ex alio capite nocet quoad res mobiles ſucceſſori; quia, qui rem alienam mobilem ſcienter diſtrahit, hoc ipſo furtum committit *§. 3. h.* unde fit res

(a) Argues: Defunctus non poteſt præſcribere; ergo nec ejus hæres: Valeret conſequentia, ſi defunctus neutro jure poſſet præſcribere, forte ſi ab initio fuerit in mala fide; quia autem in noſtro caſu ſaltem poteſt præſcribere de jure civili *§. 12. h. l. 10. pr. ff. eod. l. 48. §. 1. ff. de A. R. D.* hæredi neutrum jus obeſt, non Civile, quia non obeſt defuncto: Non Canonicum, quia in mala fide ficta, quæ tantùm obſtaret hæredi, non receſſit à jure civili, cùm mala fides ficta non ſit peccaminoſa. Quod ſi urgeas, defunctum non poſſe transferre in hæredem plus, quàm ipſe habuit; de jure autem canonico non habuit jus præſcribendi. Reponimus per accidens plus transferre, quatenus ejus mala fides hæredi in caſu poſito non nocet, dummodo à ſe præſcriptionem inchoaverit *arg. cit. §. 12. h.*

res furtiva, & hóc ipſo, ùt vitiô affecta, impræſcriptibilis. **Hinc eſt,** *quod in rebus mobilibus non facilè eveniat, ut bonæ fidei poſſeſſoribus uſucapio competat:* ſunt verba Imperatoris in *d. §. 3. b.* Sunt nihilominus aliqui caſus, ubi etiam in rebus mobilibus procedit uſucapio, & quidem I. ſi hæres rem defuncto commodatam, depoſitam, locatam hæreditariam exiſtimans alteri vendat, donet &c. poterit bonæ fidei poſſeſſor uſucapere *§. 4. b. t.* II. Si uſufructuarius, ancillæ etiam partum eſſe ſuum, credens vendiderit, emptor uſucapiet *§. 5. eod.* III. ſi gemmam in littore maris ab alio deperditam, quam nullius putabat, quis invenerit, poterit illam titulô pro ſuo uſucapere *arg. l. 2. ff. pro ſuo. Hopp. ad d. §. 5. l. 36. §. 1. ff. eod.* IV. Alii caſus habentur in *l. 57. ff. mand. l. 5. ff. pro derel. Vinn ad d. §. n. 1. verſ. aliis quoque modis.* Extra hos caſus, ſi licet fateri, quod res eſt (redeundum ad priorem tramitem) mala fides authoris qualiſcunque in præſcriptione ordinaria vix non ſemper nocet, ſed ex diverſis fundamentis, & quidem mala fides authoris *univerſalis* nocet ſucceſſori, quia habentur pro una, eadémque perſona *arg. l. 22. ff. b. t.* *Particularis* in rebus immobilibus ob *d. nov. 119. c. 7.* (excipe, ſi ſciente domino res mala fide fuerit diſtracta) in rebus mobilibus, quia fiunt furtivæ *d. §. 3. b. t.*

Hic ulteriùs advertendum I. quòd neque malæ fides tutoris (idem de aliis adminiſtratoribus) noceat pupillis *arg. l. 11. §. 6. ff. quod vi, aut clam*, neque Anteceſſorum alicujus univerſitatis obſit Succeſſoribus, quia iſti tantùm ſunt ad ſummum in mala fide ficta *arg. l. 76. ff. de jud.* quæ præſcriptionem ſaltem extraordinariam non impedit, neque Procuratoris ipſi principali *arg. l. 11. ff. pro empt.* Limita, ſi tutor, vel procurator mandato generali (a) instructus poſſeſſionem ipſe cœperit, ſeu (quamvis nomine ſui principalis) nactus ſit; quia poſſeſſio jam vitium contraxit, & licèt dolus tutoris &c. pupillo nocere non poſſit, tamen nec debet prodeſſe *l. ult. §. 1. ff. de eo, per quem factum erit.* Idem dicendum de mala fide ſervi, aut filiifamilias. *vid. l. 2. §. 10. 11. & 12. §. pro emptor. & Clariſſ. D. P. Böckhn. d. l. n. 7. & ſeq.* Advertendum II. quòd bona fides in præſcribente præſumatur *arg. c. fin. de præſc. & l. 51. pr. ff. pro ſoc.* adeóque nec allegari, & multò minùs probari debeat, cùm pro præſcribente militet præſumptio ſeu notoreitas juris. ſæpè laud. ***Magnif. P. Schmier d. c. 5. §. 8. per tot.***

Al-

(a) Cur non etiam ſpeciali? Quia principalis ex ſuo facto proprio, quod ſpecialiter mandavit, planè innocenti commodum uſucapionis ſentit, ita ut procurator poſſeſſionem capiendo non poſſit ei nocere. Secùs ſi inſtructus ſit mandato generali, quatenus principalis ſe magis ejus fidei commiſit; hinc etiam magis poteſt ei imputari.

Alterum præſcriptionis requiſitum eſt TITULUS, qui in genere 21
nihil aliud eſt, quàm *cauſa*, *ex qua rem habemus.* Eſtque alius *tranſlativus dominii*, vel alterius *juris realis*, qui nimirum de ſe habilis eſt ad transferendum tale jus, ùt venditio, donatio, mutuum: vel *Non Tranſlativus* ejusmodi juris, qui ſcilicet non eſt habilis ad jus in re transferendum, ùt eſt depoſitum, commodatum, locatio.

Titulus translativus dominii ulteriùs dividitur in verum, & non verum. *Verus* eſt, quando dominium reverà fuit translatum, ùt ſi rem emam à vero domino habente liberam rerum ſuarum adminiſtrationem. *Non verus* eſt, vel Coloratus, vel Exiſtimatus, vel Præſumptus. *Coloratus* dicitur, quando titulus ad transferendum dominium habilis reverà quidem interceſſit, ſed propter defectum tradentis dominium non fuit translatum, ùt ſi rem emam à non domino. *Exiſtimatus* eſt, quando cauſa habilis ad transferendum creditur interveniſſe, cùm tamen non intervenerit; qui titulus quandoque fundatur in errore *facti proprii*, ùt ſi credam, mihi rem fuiſſe donatam, cùm tantùm fuerit commodata; quandoque *alieni*, ùt ſi exiſtimem, meum procuratorem emiſſe equum, quem tamen non emerat. *Præſumptus* nuncupatur, quem ipſa jura ob diuturnitatem temporis, ſeu poſſeſſionis præſumunt interveniſſe. His prænotatis

Interrogas, qualis ergo ad præſcriptionem requiratur titulus? 22
Ad præſcriptionem ordinariam titulum aliquem requiri, evidenter oſtenditur **ex *l. 24. C. de R. V.*** ibi: ***Nullô juſtô titulô præcedente ratio juris prohibet dominium quærere.*** Item ex ***l. 4. C. de præſc. long. temp.*** ibi: ***diutina poſſeſſio tantùm jure ſucceſſionis ſine juſto titulo obtenta prodeſſe ad præſcriptionem hac ſola ratione non poteſt.*** Uti autem titulus dominii vel alterius juris in re non translativus ad præſcriptionem non ſufficit, ſed quoad hunc effectum ſe habet, ac ſi non intervenerit; ita etiam titulus verus non requiritur, imò impedit præſcriptionem, cùm absque præſcriptione ipſa tituli vi jam ſim dominus; huc quadrat ***§. 10. de legat. & l. 159. ff. de R. J.*** Sufficiet igitur ad præſcriptionem ordinariam Titulus Coloratus, ùt probant ***integri titt. pro emptore, pro donato, pro legato***, vel etiam Exiſtimatus, non quidem fundatus in errore ***facti proprii.*** (Ita intellige ***§. 11. Inſt. h. l. 27. ff. eod. l. 2. pr. ff. pro empt. l. 1. pr. ff. pro donat.*** aliòsve ſimiles textus, ubi dicitur, non ſufficere, ſi quis exiſtimet, cauſam habilem interveniſſe, ſed debeat reverà intercedere) Verùm ſi ſuffultus ſit errore ***facti alieni.*** Ita deciſum legitur in ***l. 11. ff. pro emptore.*** ibi: ***quod vulgò traditum eſt, eum, qui exiſtimat, ſe quid emiſſe, nec emerit, non poſſe pro emptore uſucapere; hactenus verum eſſe ait, ſi nullam juſtam cauſam ejus erroris habeat: nam ſi fortè ſervus, vel pro-***

Digitized by Google

curator, cui emendam rem mandâſſet, perſuaſerit ei, ſe emiſſe, atque ita tradiderit, magis eſſe, ut uſucapio ſequatur. Simile quid habetur in *l. ult. ff. d. t.* & clariùs in *l. ult. §. un. ff. pro ſuo.* Singulare quid videtur à JCto Paulo ſtatui circa emptionem, venditionem in *l. 48. ff. b. t. & l. 2. pr. ff. pro empt.* quòd ſcilicet in illa non ſufficiat, errorem falſæ cauſæ interveniſſe tempore traditionis, uti in aliis contractibus, ſed requiri, ut adfuerit etiam tempore contractûs initi. Rationem diverſitatis perhibet *Hub. b. n. 8.* quòd foret inæqualitas, venditórque nimis deciperetur, ſi pretium expectans nihil acciperet, id, quod in aliis negotiis v. g. legato, donatione, ſtipulatione non procedit. *Voët. ad ff. b. t. n. 6.* poſt varias rationes ſibi viſas inſufficientes recurrit ad *l. non omnium 20. ff. de ll.* Aliam rationem dat *Cocc. Jur. controv. b. t. quæſt. 7.* (a) Sed quid ad nos obſcuriſſimi Pauli ſubtilitas vix ſuperabilis? Dicamus potiùs de titulo *Præſumpto*, quòd ad præſcriptionem ordinariam non ſufficiat, ſed debeat à præſcribente titulus aliquis probari *arg. d. l. 24. C. de R. V. & l. 27. ff. b. t.* benè verò regulariter ad extraordinariam; quia ex tanto temporis ſpatio jura titulum (donec probetur contrarium) præſumunt *arg. l. 4. C. de præſc. 30. vel 40. annor.* Dictum fuit: *regulariter.* Limitatur enim reſponſio, caſu quo contra præſcribentem currat gravis juris præſumptio, & pro eo, contra quem præſcribitur, ſpecialis juris aſſiſtentia, ùt ſi Clericus ſimplex (non exercens jura parochialia) vellet contra Parochum præſcribere jus decimandi, ob textum ſummè notabilem *in c. 1. b. t. in 6. Magnif. D. P. Schmier p. m. d. c. 5. n. 237.* In præſcriptione verò immemoriali planè nullô opus eſt titulô. Ita disertè habetur in *d. c. 1.* hinc conſultiùs eſt, nullum in hac allegare titulum, ùt poſt alios à ſe citt. optimè advertit *Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn loc. cit. n. ult.*

23 Tertium requiſitum eſt POSSESSIO, quæ in ordine ad hanc materiam interim (opportunior de hac erit dicendi locus in tit. de interdictis) definiri poteſt, quòd ſit *detentio rei animô illam ſibi habendi.* Alia eſt *Naturalis:* Alia *Civilis.* Illa eſt *detentio rei animô illam ſibi habendi ùt ſuam, ſed ſine opinione dominii.* Ita poſſidet fur. Iſta eſt *detentio rei animô illam ſibi habendi ùt ſuam cum opinione dominii.* Ubi cave, ne confundas poſſeſſionem *naturalem* cum *modo* poſſidendi *naturali*, & *civilem* cum *modo* poſſidendi *civili:* Nam modus poſſidendi tam naturalis, quàm civilis præſcindit à cauſa poſſidendi, ſeu an cum-vel ſine ani-

(a) Num fortè non ſit quid ſpeciale ob frequentiam contractûs, ne dominis immineant quotidiana præjudicia; An verò non fuerit inter JCtos diſſenſus, ulteriores cogitationis reliquias eo lubentiùs nobis reſervamus, & aliis liberum arbitrium relinquimus, quò clariùs, hanc rem fuiſſe controverſam, deducitur *ex l. 10. ff. b.* ubi Ulpianus Sabini & Caſſii auctoritate fuffultus contrariam amplectitur, ſtatuitque, quoad bonam fidem ſpectandum eſſe initium traditionis.

animo dominii poſſideatur: Eſt autem poſſeſſio naturalis à modo, quando quis corporaliter (non tantùm phyſicè, ſed in morali hominum exiſtimatione, ut pro libitu poſſit illam apprehendere) rem tenet; Poſſeſſio civilis à modo dicitur, ſi tantùm animô rem detineas, ùt accidit in rebus alibi ſitis. Cæterùm in rebus corporalibus obtinet poſſeſſio verè talis, in incorporalibus quaſi talis: Res enim incorporales non dicuntur propriè poſſideri *arg. l. 3. pr. ff. de A. vel A. P.* Sanè ad omnem præſcriptionem poſitivam, Poſſeſſionem (verè talem, ſi ſint res corporales, quaſi talem, ſi incorporales) requiri, ambigere non ſinunt textus in *c. 3. de R. J. in 6.* ibi: *ſine poſſeſſione præſcriptio non procedit.* & in *l. 25. ff. b. t.* ibi: *ſine poſſeſſione uſucapio contingere non poteſt.* Inde eſt, quòd Laici jura ſpiritualia (ſi jus patronatûs excipias *can. 32. & 33. cauſ. 16. q. 7. c. 1. 2. & 3. de jur. patr.*) nullo unquam tempore poſſint præſcribere, uti patet de jure decimandi ex *cap. 7. b. t.* ibi: *quia cùm laici decimas detinere non poſſint, eas nulla valent præſcribere ratione.* Si tamen tempore immemoriali poſſederint, relinquendi ſunt in quieta poſſeſſione, donec oſtendatur titulus vitioſus; quia oritur præſumptio, quòd vel acquiſiverint ante Concilium Lateranenſe titulô infeudationis, vel emphyteuſis, aut ex ſpeciali privilegio S. Pontificis. Ita paſſim Canoniſtæ. Dixi ad præſcriptionem *poſitivam*: in privativa enim jus creditoris ſolo temporis lapſu ſine ulla poſſeſſione, ſeu animô poſſidendi extinguitur: ſiquidem actiones perſonales, aliáque jura ita comparata ſunt, ut, niſi debito tempore moveantur, vel exerceantur, ſuapte indole evaneſcant *arg. l. 3. & 4. C. de præſc. 30. vel 40. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. except. l. 2. C. de conſtit. pecun.* Accedit, quòd non videatur, quid debitor, ut ſe liberet, deberet de eo, cui præſcribit, poſſidere; præſcribit nempe actioni, quatenus ab ea ſe liberat; ſed actio non eſt penes debitorem, ſed penes creditorem; conſequenter nihil eſt, quod poſſideat. Reſpondebis, adeſſe libertatem, quam præſcribens poſſidere poteſt, & debet. Sed contrà eſt, quòd libertas, quâ ad hanc præſcriptionem opus eſt, conſiſtat in mera patientia, & quiete, ita, ut præſcribens nihil agat contra ſuam obligationem, ſi alter jure ſuo debito tempore utatur; ſi non utatur, jus illud extinguitur ſine ulla poſſeſſione cujusdam libertatis poſitivæ. Argumentis contrariis adverſus *P. Pichler, & P. Söll* ex integro ſatisfacit *Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn. d. tr. diſſ. 5. art. 3. n. 8.* quæ etiam facilè juvante Minerva ex dictis reſolvi poterunt. Ex his deduces, quòd, etiamſi Laici non poſſint præſcribere *jus* decimandi, poſſint tamen præſcribere *juri* decimandi, id eſt, ſe liberare ab obligatione ſolvendi decimas, cùm nulla requiratur poſſeſſio, ſed ſufficiat, ſi opinentur, ſe nihil agere contra ſuam obligationem.

Digitized by Google

Dixi *poſſeſſionem requiri*; ſed qualis? Dico *Propriam*, quæ nimirum importat animum habendi rem ùt ſuam, nec ſufficit impropria, quâ rem detinent commodatarii, depoſitarii, conductores. *Civilem à cauſa*, id eſt cum animo, & opinione dominii: naturalis enim à cauſa ſecumfert malam fidem; cùm fiat ſine opinione dominii. In exordio præſcriptionis *Naturalem à modo*, id eſt, poſſeſſionem corporalem: nec enim poſſeſſio acquiritur ſine actuali apprehenſione *§. 5. de interdict. Nec ulla dubitatio eſt* (dicit ibi Imperator) *quin animô ſolô adipiſci poſſeſſionem nemo poſſit*. Semel tamen cœpta ſolô animô conſervari, ſeu retineri poteſt, & ita præſcriptio inchoata continuari *arg. l. 1. §. 14. l. 25. §. 6. ff. de A. vel A. P.* Dictis non refragatur, quòd etiam ignorans poſſit præſcribere *l. 2. §. 2. ff. pro emptor. arg. l. 31. §. fin. ff. h. t.* conſequenter non erit opus animô poſſidendi: Nam, eſto, titulum ignorans poſſit præſcribere; non tamen verum eſt de eo, qui poſſeſſionem ignorat, cùm talis dici non poſſet bona fide poſſidere. *Voet. ff. h. t. n. 5.*

24 Quartum, & ultimum, ſed in ſe præcipuum, requiſitum eſt TEMPUS, in quo fundatur ſubſtantia præſcriptionis. Hic ſecernendæ ſunt res Mobiles ab Immobilibus, Privatæ à Publicis, Sæculares ab Eccleſiaſticis. Res mobiles, quantumvis ſint pretioſæ, non, ùt olim, annô ſed trienniô præſcribuntur *princ. Inſt. h. l. un. C. de uſuc. transf.* Limitandum, ſi ſint res vitioſæ v. g. furtivæ, quæ à fure, vel alio malæ fidei poſſeſſore nunquam; à bonæ fidei uſucapiente verò tempore extraordinario præſcribi poſſunt, cùm tanto tempore vitium purgetur. *arg.* eorum, quæ ſuperiùs de mala fide ficta adnotata ſunt. Ubi ulteriùs notes, velim, pignus in re mobili conſtitutum non, ùt dominium, trienniô præſcribi: contrarium enim diſces *ex l. 7. C. de pignor.* ibi: *uſucapio conventionem pignoris non extinguit. Nec mutat uſucapio ſuperveniens* (ſunt verba JCti in *l. 44. §. 5. ff. h. t.*) *quò minùs pignoris perſecutio ſalva ſit; quia nulla ſocietate dominii conjungitur*: vult dicere; quia pignus, & dominium non habent neceſſariam connexionem: qui igitur rem mobilem uſucapit alteri oppignoratam, eam acquirit cum onere pignoris, ſicut fuit penes priorem dominium, contra quem præſcribitur. Idem proportionaliter dicendum de præſcriptione rerum immobilium, quòd nimirum præſcriptio contra dominum non noceat creditori: licèt enim præſcriptio longi temporis noceat etiam creditori *l. 1. & 2. C. ſi adverſ. credit.* hoc tamen tunc verum eſt, quando eodem tempore tam contra dominum, quàm contra creditorem cœpit currere præſcriptio: ſecùs non item. Pone, me bona fide poſſediſſe fundum Titii per quinquennium, Titium poſtea oppignoràſſe tertio omnia ſua bona, ac per conſequens etiam fundum, quem ego bona fide poſſideo: hoc caſu con-

contra Titium aliô quinquenniô abſolvo præſcriptionem dominii: contra tertium verò creditorem integrô decenniô (ſuppone inter præſentes) indigeo, ut ejus jus pignoris extinguatur. Res immobiles, accedente titulo, longo tempore, hoc eſt 10. annis inter præſentes, & 20. inter abſentes præſcribuntur *citt. ſuprà text.* ſine titulo verò tempore extraordinario 30. vel 40. annorum *arg. l. 3. & 4. C. de præſc. 30. vel 40. annor. & c. 1. h. t. in. 6.* Deſumitur autem præſentia non ab ipſis rebus præſcriptioni obnoxiis, ſed à perſonis, quibus, & à quibus præſcribitur, ita, ut illi, qui domicilia in diverſis provinciis (ſeu hodie ſub diverſis Principibus territorialibus) obtinent, habeantur pro abſentibus: qui verò in eadem provincia domicilia fixa habent, reputentur pro præſentibus, ubicunque demum res ſitæ ſint, vel ipſæ perſonæ (eſto quidam hoc in paſſu aliter doceant) quandoque phyſicè ſint in alio loco *l. ult. C. de præſc. long. temp.* Ratio hujus duplicationis in eo conſiſtere creditur; quia difficiliùs eſt convenire alterum in aliena provincia, quàm in propria. Quid, ſi ille, contra quem præſcribitur, partim ſit præſens, partim abſens? Reſpondetur, tempus, quod decennio deeſt (non totius abſentiæ, ùt aliqui volunt) eſſe multiplicandum, ita, ut duo anni abſentiæ faciant unum præſentiæ, & viciſſim ùnus annus præſentiæ faciat duos abſentiæ. Pone, me contra Sempronium præſentem præſcripſiſſe per octo annos, illum poſtea mutâſſe domicilium: indigeo adhucdum 4. annis, qui faciunt mihi duos annos præſentiæ, qui mihi deerant. Fac econtrà, me contra eundem Sempronium abſentem ſexdecim annis præſcripſiſſe, poſtmodum illum præſentem fieri: hoc caſu duobûs annis completur præſcriptio; quia illi duo anni præſentiæ æquivalent quatuor annis abſentiæ, & ita intelligimus *nov. 119. c. 8. & auth. quòd ſi quis C. de præſc. long. temp.* ita quoad rem *Magnif. D. P. Schmier cit. c. 5. à n. 445.* Hæc de rebus privatorum.

Res Fiſcales, ſeu ad Principem quà talem, ſpectantes, ſi ſint eidem perfectè acquiſitæ, aliàm præſcriptionem non agnoſcunt, quàm 40. annorum *arg. §. 9. h. l. 4. & 6. C. de præſc. 30. vel 40. annor.* Quòd ſi Fiſco, vel Principi nondum ſint perfectè acquiſitæ, ulteriùs refert, num fuerint eidem denuntiatæ, vel non? Si hoc, quadriennali præſcriptione Fiſcus à vindicatione excluditur *l. 1. & tot. tit. C. de quadrien. præſc. l. 10. §. 1. ff. de div. temp. præſc. Schambog. ad §. 4. h. p. m. 299.* Neque huic ſententiæ contrariatur *l. 18. ff. h. t.* ubi bona vacantia nondum nunciata NB. *diutina poſſeſſione* uſucapi dicuntur: Nam diutina poſſeſſio in ordine ad res fiſcales quadriennium indicat; quatenus contra Fiſcum alia præſcriptio non datur, quàm vel quadriennalis, vel quadricennalis; ſic etiam tempus longum in *l. 1. §. 13. ff. de ſeparat.* pro quinquennio (ita 25

 exi-

Digitized by Google

exigente materia ſubjecta) accipitur: Si illud, id eſt, ſi ſint denunciata, & poſſeſſori lis deſuper mota, præſcriptio quadriennalis interrumpitur, & actio perpetuatur, ita tamen, ut ſi nunciator deſtiterit, præſcriptio reaſſumat vires, & continuetur, ac ſi nunquam interrupta fuerit *d. l. 10. §. 1. ff. de div. temp. præſc. Clariſſ. D. D. Franz h. t. num. 20.* Bona Principis patrimonialia pariter aliam præſcriptionem non admittunt, quàm 40. ann. ſiquidem ordinariam excludit integra *Rubrica Cod. ne Rei dominicæ, vel templorum vindicatio temporis præſcriptione ſubmoveatur.* Extraordinariam 40. ann. admittit *l. 4. C. de præſc. 30. vel 40. ann.*

De rebus Civitatum quid ſtatuemus? Res civitatum, uti res Eccleſiaſticæ vi *l. 23. C. de SS. EE.* gaudent præſcriptione centenaria. Cùm tamen illud privilegium quoad Eccleſias, ex mox dicendis, fuerit revocatum, non eſt credendum, Imperatorem voluiſſe magis favere civitatibus, quàm Eccleſiis, præſertim cùm pugnet eadem ratio recantationis, videlicet difficultas probationum, *quoniam* (ita diſſerit Imperator in *præfat. cit. nov. in fin.) per tantùm ſeculi magis, quàm temporis ſpatium nec documentis integritas, nec actis fides, nec ætas valet teſtibus ſuffragari.* quibus accedit, quòd illud privilegium 100. annorum fuerit maximè exorbitans: Hinc faciliùs cenſebitur ad præſcriptionem extraordinariam, non adeò à communibus juris regulis exorbitantem, fuiſſe reductum.

26. Similiter Res Eccleſiarum Romanâ inferiorum, ſive ſint immobiles, ſive mobiles, breviorem præſcriptionem, quàm 40. annorum non patiuntur. De immobilibus indubitatum eſt tum ex *c. 4. 6. 8. & 9. h. t. c. 2. eod. in 6.* tum ex *nov. 111. c. un. & 131. c. 6.* quibus textibus abrogati ſunt textus antiquiores nimirum *c. 1. 2. & 8. c. 16. q. 3.* his jungi poteſt *c. 3. h. t.* De mobilibus idem evincitur l. ſequenti diſcurſu, olim omnibus Eccleſiis conceſſum fuit in *d. l. 23. C. de SS. EE.* privilegium 100. annorum, & quidem tam in rebus mobilibus, quàm immobilibus. Ibi: *Sive itaque memoratis religioſiſſimis locis* (Eccleſiis, Monaſteriis, Xenonibus) *vel civitatibus hereditas, ſive legatum, vel fideicommiſſum fuerit relictum, ſive donatio, vel venditio proceſſerit, in quibuscunque rebus MOBILIBUS, vel immobilibus, vel SE MOVENTIBUS, ſive pro redemptione captivorum quædam fuerint derelicta, vel donata, ſit eorum penè perpetua vindicatio, & ad annos CENTUM, ſecundùm quod jam dictum eſt, extendatur &c.* Hoc privilegium autem ob difficultatem probationum fuit in *d. nov. 111. c. un.* generaliter, & ſine diſtinctione ad 40. annorum ſpatium reſtrictum, ſeu revocatum. Jam vel fuit revocatum etiam quoad res mobiles, vel non? ſi ſic; ergo etiam res mobiles gaudent præſcriptione 40. annorum: quia de alia non fit mentio; neque credendum eſt, quòd Imperator voluerit res mobiles, quibus priùs æqua-

Digitized by Google

æquale privilegium indulſerat cum immobilibus, uno velut ictu tam enormiter ſeparare, & præſcriptione centenaria ad triennalem, ſaltu inaudito, deſcendere: Si non fuit quoad res mobiles revocatum: ergo manebunt res mobiles, ùt olim, ſub privilegio centum annorum: quod rurſus eſt abſurdum dicere. Facit II. quòd Imperator in epilogo *cit. nov.* generalem ponat clauſulam his verbis: *In illis negotiis religioſos contractus memoratô quadraginta annorum privilegiô volumus perfrui, NB. in quibus eis centum annorum prærogativam Conſtitutio noſtra (d. l. 23.) contulerat:* atqui privilegium centum annorum etiam contulerat rebus mobilibus: conſequentia tam limpida eſt, ùt imber, quando pluit. Deinde textus Juris Canonici ſuprà citati non diſtinguunt inter res mobiles, & immobiles, conſequenter nec noſtrum erit diſtinguere. Nec ad rem facit *Auth. quas actiones C. de SS. EE.* quæ præſcriptionem triennalem in ſuo robore durare aſſerit, cùm non correſpondeat ſuo fonti, videlicet, *d. nov. 111. C. un.* unde deſumpta eſt. Conſulatur ſæpè *Laud. Magnif. D. P. Schmier. cit. c. 5. §. 8. per tot.* Si verò fuerint res ad Eccleſiam Romanam ſpectantes, gaudent omninò præſcriptione centum annorum *c. 13. & 14. h. t.* quod rurſus verificatur (quidquid de jure Civili contrà diſputari poſſit, vid. *Clariſſ. D. D. Franz h. t. num. 28. & ſeqq.*) etiam de rebus mobilibus ob generalitatem *d. c. 13. & 14. h. t.*

Quæres, quomodo tempus ſit computandum, utrùm phyſicè, 27
ſeu mathematicè de momento in momentum? num verò juridicè, ita, ut dies ultimus inchoatus habeatur pro completo? In præſcriptione poſitiva tempus civiliter computandum eſt. Ita in terminis *JCtus in l. 15. ff. de div. temp. præſcript. In uſucapione ita ſervatur, ut etiamſi minimo momento noviſſimi (ultimi) diei poſſeſſa res ſit, nihilominus repleatur uſucapio, nec totus dies exigitur ad explendum conſtitutum tempus.* Idem legitur in *l. 6. ff. hoc t.* ibi: *In uſucapionibus non à momento ad momentum, ſed totum poſtremum diem computamus. Ideóque* (ita pergitur in *l. 7. ff. eod.*) *qui horâ ſextâ diei Calendis Januarii poſſidere cœpit, horâ ſextâ noctis pridie Calendas Januarii implet uſucapionem.* Pone, me hodie horâ 12. noctis uſucapionem cœpiſſe; non eſt opus, ut poſſideam per decennium rurſus usque ad hodiernum diem horâ 12. noctis; ſed ſufficit, quòd dies ultimus jam ſit inchoatus; conſequenter die anteriori horâ 12. noctis præſcriptio jam eſt completa, quia dies ultimus jam currere incipit. In præſcriptione privativa verò computandum eſt tempus mathematicè, id eſt, de momento in momentum, ita, ut tempus usque ad ultimum momentum inchoatæ præſcriptionis debeat eſſe completum. Ita apertè deciditur in *l. 6. ff. de O. & A.* ibi: *in omnibus temporalibus actionibus, niſi noviſſimus dies TOTUS compleatur, non finit obligationem.*

Ne-

Digitized by Google

Neque ſcrupulum pariat, quòd JCtus tantùm loquatur de actionibus temporalibus: nam idem eſt intelligendum de perpetuis, cùm, ùt ſtatim apparebit, ſit eadem etiam, de illis ratio (a); ſiquidem, quòd in præſcriptione poſitiva tempus computetur civiliter, rationem ponunt in eo, quia in hac verba *12. Tab.* ſunt directa ad præſcribentem, adeóque eſt in illius electione, num velit habere diem ultimum cœptum pro completo: quod certè velle præſumitur, cùm hôc modô citiùs præſcriptionem implere poſſit. In præſcriptione privativa econtrà verba 12. Tab. directa ſunt ad illum, contra quem præſcribitur, conſequenter eſt pariter in illius electione, utrùm non velit agere usque ad ultimum momentum, quod haud dubiè præſumendum: & hoc deducitur à paritate de legato generis: ubi, ſi verba ſint directa ad hæredem, uti fit in legato damnationis, illius eſt electio *l. 37. §. 1. l. 39. §. 6. ff. de legat. 1. & l. 43. §. fin. ff. de legat. 2.* ſi ad legatarium, ſimiliter legatario indulgetur electio *arg. l. 20. & 108 §. 2. ff. de leg. 1.*

28 Effectus præſcriptionis generalis eſt, quòd præſcribens acquirat dominium, vel aliud jus, quod bona fide poſſedit, ſi præſcriptio ſit poſitiva, vel quòd ſe liberet ab obligatione, quâ alteri erat obſtrictus, ſi privativa. Neque nobis (præſertim poſtquam jus Canonicum tam exactè bonam fidem in præſcribente requiſivit, ac juxta noſtram ſententiam probabiliùs vim habeat à jure naturali) dubium eſt, præſcriptionem etiam operari in foro animæ, cùm lex juſta in foro externo ſit etiam regulariter juſta in foro interno: Quòd autem præſcriptio *in præfatione nov. 9.* vocetur *impium præſidium*, id tantùm de præſcriptione informi, ſeu monſtroſa, & peccaminoſa intelligendum eſt.

Sub-

(a) **Hoc negabis, & dices, ideo in actionibus temporalibus debere tempus computari naturaliter, complerique usque ad ultimum momentum, quia aliunde ſunt valde breves, & quandoque ad paucos dies, hebdomadas, vel menſes reſtrictæ. Eſt, fatemur, quædam in hoc diverſitas, ſed tamen ad diverſam deciſionem inſufficiens. Quod ſic oſtendimus. In dubio ſignificatio naturalis præfertur civili, uti mors deportationi *arg. l. ult. C. de his, qui ven. ætat. impetr.* Deinde quod dies inceptus habeatur pro completo, eſt mera & pura fictio; adeóque non extendenda, cùm fictiones non ſint hominis, ſed juris, ita, ut, ſi deficiat mater, hoc ipſo etiam filia deficiat, neceſſum ſit. Jam utraque lex, quæ diem cœptum pro completo habet, de uſucapionibus loquitur: conſequenter præſcriptio actionum privativa recubat in ſignificatu naturali. Hæc ratio, replicas, nimis eſt bona, cùm probaret, tempus debere ad ultimum momentum compleri etiam in præſcriptione poſitiva, ſi illa non RERUM, ſed JURIS ſit, cum non poſſit dici uſucapio. Negamus Sequelam. Textus quippe de uſucapione allegati fundantur in poſſeſſione, ùt legenti patebit; poſſeſſio autem, ſaltem quaſi talis, etiam obtinet in præſcriptione poſitiva JURIS, quæ etiam in ſenſu ſemiſſiori & ſimilitudinario uſucapio dici poteſt, cùm pugnet eadem utriusque ratio.**

Digitized by Google

Subſiſtis, utrùm, qui totum v. g. domum præſcripſit, etiam ejus partes (puta, ſeorſim ſumptas) præſcripſerit? Et negatur, adeóque, ſi domus diruta ſit, poteſt prior dominus cæmenta vindicare *l. 23. §. fin. ff. de R. V. l. 23. in fin. ff. b. t.* quia in tantum præſcriptum, in quantum poſſeſſum; partes autem ſeorſim non poſſedit: hinc limitatur ſi poſt dirutum ædificium poſſidere cœperit; quia per ædes cenſetur continuare poſſeſſionem. vid. notabilis textus *in l. 30. ff. b. t.* (a)

Interrogas, num præſcribens, ſi rem, quam præſcripſit, ex ignorantia juris priori domino reſtituat, poſſit illam vindicare; Id, quod affirmandum; quia cùm non habuerit animum transferendi dominium (non enim ſcivit, ſe eſſe dominum) illud penes ſe retinuit *arg. l. 55. ff. de O. & A. & l. 36. ff. de A. R. D.* nemo enim errans rem ſuam amittit. *l. 35. ff. eod.* Suffragatur etiam præſcribenti, quòd juris ignorantia ſuum repetentibus non noceat *l. 7. ff. de jur. & fact. ignor. P. Engel h. n. 3.* Non officit paritas de eo, qui ex errore juris indebitum ſolvit, & dominium transfert; nam ille habet animum transferendi, etſi ex obligatione tantùm putativa; non item iſte, cùm ignoret, ſe eſſe dominum. Effectus ſpecialis, & quidem præſcriptionis *ordinariæ* eſt, quòd præter dominium operetur præſumptionem bonæ fidei, non tamen tituli ſaltem ad præſcriptionem ſufficientis, cùm titulus ſit qualitas quædam homini extrinſeca, non (úti bona fides, quæ in animo conſiſtit) intrinſeca. Dixi ad *præſcriptionem ſufficientis.* Inducit tamen præſumptionem tituli eatenus, ut in poſſeſſorio ſaltem (ſi titulum probare non poſſit) defendatur *arg. l. 6. & 13. pr. ff. l. 5. C. de uſur. & fruct.* *Extraordinariæ* Effectus ſpecialis eſt, quòd operetur præſumptionem tituli ad præſcriptionem ſufficientis, uti patet ex dictis *n. 22.* ſi autem ſit *Immemorialis*, habet omninò vim privilegii, ita, ut ſuppoſita capacitate poſſeſſionis (aliàs enim non præſcriptio, ſed ſolùm tempus immemoriale dicendum) tantum, quantum Princeps ex plenitudine poteſtatis, conferre poſſit. Textus notiſſimus *in c. 26. §. præterea de V. S.* habétque vim tituli, ut nec allegari, multò minùs probari debeat. Plures effectus videri poſſunt apud *Magnif. D. P. Schmier d. tr. c. 6. §. 3. per tot.*

Contraria ſunt modi, quibus præſcriptio I. vel ab initio impeditur, 29
vel II. inchoata ſuſpenditur, aut III. omninò interrumpitur, vel denique IV. jam completa reſcinditur. Impeditur autem præſcriptio ab initio

(a) Specialiter hic notandum, quòd qui rem à Fiſco (idem eſt, ex Juſtinianea extenſione ſi à Cæſare vel ab Auguſta) emit, ſtatim ſit ſecurus, poſſítque contra dominum ſe ſe tueri exceptione; Salvo tamen domino contra Fiſcum regreſſu intra quadriennium. Ita conſtitutio Zenoniana *in l. 2. Cap. de quadrien. præſcript.* relata in § *fin. h.* Nec ſine ratione; quis enim aliàs cum Fiſco contraheret? *Vid. tit. l. 2. & 3. C. d. t.*

Digitized by Google

ob qualitatem rei, ſi fortè ſit vitioſa, vel ſi deficiat bona fides, aut juſtus titulus, aut etiam ſi præſcriptioni in ſpecie (nam generaliter omni præſcriptioni, cùm ſit introducta in favorem publicum, non videtur poſſe renunciari *arg. l. 28. ff. de pact.*) fuerit renunciatum.

Inchoata ſuſpenditur, ſeu *dormire* dicitur I. tempore vacantis Eccleſiæ, uti eruitur *ex c. 4. & 15. b. t.* quia Eccleſia viduata eſt Tutore, & Rectore. II. tempore ſchiſmatis *c. 14. d. t.* ob eandem rationem. III. vivente Prælato, qui malè alienavit. *arg. c. 10. cauſ. 16. q. 3.* cùm etiam hic quoad hanc alienationem videatur Eccleſia deſtituta Rectore, qui actum proprium non impugnabit. VI. Tempore graſſantis belli *c. 10. h. t.* nec non junctô *R. J. de Ann. 1664. §. 172.* verbô ſo vil nun; & ita receſſum eſt à jure noſtro Juſtinianeo, quo currit præſcriptio, ſed ſalvo jure reſtitutionis in integrum *l. 18. C. de poſtlim. reverſ. l. 5. C. quib. non objic. long. temp. præſc.* Et ob paritatem rationis, quòd tempore belli ſileant leges, & claudantur Tribunalia, V. etiam tempore Peſtis, & communiter docetur. VI. demum tempore pupillaris ætatis, vel minorennitatis eatenus dormit præſcriptio, ut contra pupillum nulla (excipiuntur fatalia judicii, quæ etiam contra pupillum currunt, ſalvô tamen in defectum alterius remedii, ſeu regreſsûs, beneficiô reſtitutionis in integrum ob authoritatem rei judicatæ *l. 13. C. de judiciis;* ſed quid hoc ad nos?) contra minorennem non alia, quàm extraordinaria currat *arg. l. 3. C. de præſc. 30. vel 40. ann. l. 3. C. quib. non objicit. long. temp. præſc. vid. deſuper Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn. cit. tr. diſſ. 7. art. 2. n. 9. & ſeqq.* ubi *n. 13.* concludit, inter pupillos, & minores hodie nihil intereſſe, niſi in præſcriptione extraordinaria, quæ non contra illos; benè verò contra iſtos currit.

30 Interrumpitur omninò præſcriptio generaliter, quando incipit deficere unum ex requiſitis; quod contingit vel *naturaliter*, ſi verè ſuperveniat defectus, vel *civiliter*, ſi tantùm fictione juris cenſeatur requiſitum deficere. *Naturaliter* interrumpitur I. ſi ſuperveniat mala fides, de qua ſatis actum eſt ſuprà *n. 14.* II. ſi titulus ab initio juſtus reſolvatur, veluti accidere poteſt, ſi præceſſerit titulus aliquis ſub conditione reſolutiva v. g. ſit tibi empta domus mea, quòd ſi alius meliorem conditionem intra annum obtulerit, inempta ſit, & conditio extiterit *vid. l. 19. ff. h. t.* III. ſi amittatur poſſeſſio ſive jure, ſive injuriâ, ſive ad dominum, ſive ad alium pervenerit. Dixi, *ſive jure*, ùt ſi ſponte poſſeſſionem deſeram, vel ſi res authoritate judicis fuerit evicta, ſi præſcribens fuerit ab hoſtibus captus, ita, ut, quamvis redeat, jure poſtliminii non reconvaleſcat *l. 15. pr. ff. b. t. l. 23. §. 1. ff. de A. vel A. P.* quæ enim facti ſunt, veluti poſſeſſio, non gaudent jure poſtliminii *l. 19. & 23. §. 1. ff.*

Digitized by Google

ff. ex quib. cauſ. maj. *Sive injuriâ*, ùt ſi alter me vi dejecerit, vel rem mobilem violenter abſtulerit *l. 5. ff. h. t.* quo caſu etiamſi recuperem, debeo de novo incipere præſcriptionem. *arg. l. 7. §. 4. ff. pro empt. Voët. ff. h. t. n. 18.* ubi etiam reſpondet *ad l. 13. §. 9. ff. de A. vel A. P.* pro cujus legis dilucidatione inſervit *l. 17. §. un. ff. depoſ. l. 39. ff. de A. vel A. P.* Dixi notanter : *ſive ad dominum &c.* ubi ex Voëtio, ubi ſuprà *n. 17.* probè notandum, quòd quamvis aliàs locandô, aut pignori dandô alicui extraneo non amittatur poſſeſſio ad uſucapionem requiſita *l. 33. §. 4. ff. b. t.* ſi tamen illam locaverim, vel oppignoraverim ipſi domino, poſſeſſio cenſeatur interrupta ; quia, cùm neque conductio, neque oppignoratio rei propriæ ſubſiſtere poſſit ; hinc dominus neque quà conductor, neque quà creditor rem nomine præſcribentis retineat ; interim tamen præſcribens poſſeſſionem realem amiſerit, ac inſuper durum videretur, ſi ipſe dominus deberet alteri ad uſucapionem contra ſe prodeſſe, æquum viſum fuit, præſcriptionem interrumpi *l. 21. & d. l. 33. §. 5. ff. eod.* Speciale etiam eſt, quòd eſto poſſeſſio à defuncto cœpta, hæreditate jacente, vel interrumpi, vel ſaltem dormire deberet *l. 1. §. 15. ff. ſi is, qui teſtam lib. eſſe juſſ.* nihilominus ex benignitate, factum poſſeſſionis quoad effectum uſucapionis à lege ſuppleatur *l. 31. §. 5. l. 44. §. 3. b. t.* modò interim illam rem nemo poſſederit *l. 20. ff. d. t.* *Civiliter* interrumpitur hodie (quidquid jure antiquiori inter præſcriptionem ordinariam, & extraordinariam, de qua vid. *Magnif. D. P. Schmier loc. ſæpius cit. c. 7. §. 3.* dicatur) indiſtinctè per citationem. Ita textus aperti *in l. 3. C. de præſc. 30. vel 40. ann.* ibi : *niſi fuerit ſubſecuta per executorem conventio. l. 7. pr. C. eod.* ibi : *per ſolam conventionem. l. fin. C. de ann. except.* ibi : *qui obnoxium ſuum in judicium clamaverit, & libellum conventionis ei tranſmiſerit.* Differentia autem inter uſucapionem, & præſcriptionem totaliter ſublata eſt in *Rubr. & l. un. C. de uſuc. transf.*

Porrò, ſi ex hactenus dictis differentiam inter *dormitionem*, & *interruptionem* (quæ & uſurpatio dicitur *l. 2. ff. h. t.*) nondum capis, in promptu eſt. In dormitione præſcriptio ſolummodo ad tempus quieſcit, ita, ut illo elapſo reaſſumat vires, ac tempus prius, quod dormitionem fortè anteceſſit, cum poſteriori connectatur : In interruptione verò planè, ac ita ceſſat, ut aliter vires non reaſſumat, quàm ſi nova cauſa ad præſcriptionem ſufficiens accedat : nec poſſibile ſit, ut tempora conjungantur.

Quæritas ulteriùs, quomodo differant interruptio naturalis, & civilis ? In hoc, quòd interruptio naturalis noceat præſcribenti reſpectu omnium intereſſe circa rem illam habentium ; civilis autem tantùm effectum habet inter ipſos litigantes, cùm acta inter alios aliis

non præjudicent. Deinde in interruptione naturali tempora nunquam, uti ſuprà monitum, poſſunt conjungi; benè verò in civili, ſi nimirum præſcribens victor evadat; res enim ſe habet, ac ſi lis nunquam fuiſſet mota *l. fin. C. de præſcript. 30. vel 40. ann.* Ita, ut etiam computandum ſit tempus litis.

Præſcriptio completa reſcinditur ex capite abſentiæ Reipublicæ causâ talis per *Actionem Reſciſſoriam*, de qua ſuô locô. Utrùm ex capite ignorantiæ, dum præſens titulus aliunde nimis excrevit, non vacat hic longiùs diſquirere; ſed pauciſſimis reſtitutionem negamus ob textum manifeſtum *in l. ult. C. de præſcript. long. temp.* ubi prætextus ignorantiæ prorſus rejicitur. Ibi: *nulla ſcientia, vel ignorantia exſpectanda*, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occaſio: quis enim non prætenderet, imò ſæpè non probaret ignorantiam? *vid. Magnif. P. Schmier d. c. 7. à num. 43. & Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn ubi ſupra art. 3. num. 2. & ſeqq.* ſi tamen ignorantia eſſet planè invincibilis, & actor probare poſſet, ſe omnem ad comparandam notitiam rei ſuæ moviſſe lapidem, haud dubiè aliquid indulgendum foret: nec enim caſus deficient. Similiter tum minoribus, tum Eccleſiis cum *prælaudat. Authoribus* reſtitutionem contra præſcriptionem extraordinariam denegamus: quoad illos deducitur reſponſio ex *l. 3. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* & luculentiùs ex *l. ult. C. in quib. cauſ. in integr. reſtit. neceſſ.* Quid enim probaret allegata ibidem ratio, *quòd meliùs ſit intacta jura ſervare, quàm poſt vulneratam cauſam remedium quærere*, ſi contra præſcriptionem extraordinariam, quæ ibidem contra minores admittitur, nihilominus daretur reſtitutio? debuiſſet utique & hæc annullari potiùs, quàm approbari, & poſtmodum contra illam primùm remedium reſciſſionis quæri. Textus contrarii ſunt per *d. l. ult.* recantati. De Eccleſiis probatur tum ex *c. 4. 6. 8. & 9. b. t.* tum ex paritate à minoribus deducta, cùm Eccleſiæ æquiparentur minoribus *c. 1. de in integ. reſtit.*

TI-

TITULUS VII.

De Donationibus.

§. I.

De Donatione propria.

AD modos acquirendi civiles reducit Imperator donationem, quaſi doni-dationem *l. 35. §. 1. ff. de mort. cauſ. donat.* quæ in genere definiri poteſt, quòd ſit *actus, quo liberalitatem erga alterum acceptantem exercemus.* 1

Hìc à limine interrogas, utrùm donatio non ſit potiùs cauſa transferendi dominium, quàm modus? Benè ais: cauſa potiùs eſt, ſeu titulus habilis ad transferendum dominium, quàm modus; ſiquidem, modos acquirendi dominium (ſaltem in rebus alicujus) duos eſſe, oſtendimus in *tit. de rer. diviſ. part. 2. in princ.* nec non *ſect. 2. §. 2. n. 7. & 8. Traditionem*, & *Acceſſionem.* Acceſſio non eſt, ut de ſe patet. Traditio autem ad ſubſtantiam donationis non ſpectat, hoc ipſo, quòd etiam nuda conventione perficiatur *§. 2. h. l. 35. C. eod.* Vel etiam dici poteſt cum Voëtio *h. t. n. 2.* ſi fiat mediante traditione, erit & cauſa, & ſimul modus; ſi verò nuda promiſſione, erit tantùm cauſa, & non modus.

Hæſitas ulteriùs, quo ſenſu reduci poſſit ad modos acquirendi civiles, cùm ſit negotium apud omnes gentes receptum, imò jure naturali cuilibet liberum de rebus ſuis etiam per actum liberalitatis diſponere? Si dicatur, eſſe juris civilis quoad modum, & formam, vix, ùt prævideo, eris contentus; quia hôc modô etiam venditio ad jus civile referri poterit, quatenus non pauca ſpecialia hoc jure obtinuit. Meliùs reſpondebitur, hoc debere intelligi de donatione mortis causâ; qua dominium ſtatim à morte donantis ad donatarium ſine ulla traditione, ad exemplum legatorum, transfertur *l. 2. ff. de pub. in rem act.* quod à jure gentium videtur alienum. Ad Jus Civile poterit etiam commodè reduci donatio propter nuptias Veteribus incognita. *§. h. t.*

Nondum quieſcis, ſed rogitas, num ſit contractus? Reſpondetur: eſto, donatio fieri poſſit mediante contractu ſtipulationis; propriè tamen, & in ſe contractus nec dici, nec eſſe poteſt. Et imprimis non *Realis*, tum quia ad ſui ſubſtantiam traditionem non requirit, tum quia in contractu reali, facta ex una parte traditione, oritur ex altera parte obligatio ad vi-

Digitized by Google

viciſſim præſtandum, quod promiſſum eſt: hic vero, ſi quæ obligatio ex promiſſione præceſſit, traditione tollitur. Non *conſenſualis* (de verbali, aut literali nihil participare, aliunde notum eſt) quia eſto, poſito conſenſu oriatur obligatio; cùm tamen nullo ſpecifico nomine conſtet, quo audito ſciatur, quid inter partes actum ſit, hoc ipſo, quòd dentur plures ſpecies donationum ſubſtantialiter diverſæ, de quibus prædicari poteſt *l. 1. ff. b. t.* contractûs naturam non aſſequitur. Aliam rationem dat *Hub. b. n. 1.* Negari ſanè non poteſt, magnam cum contractibus habere affinitatem: Idcircò etiam non rarò juxta illos ponitur, ùt videre eſt *in l. 7. C. de bis, quæ vi met. cauſ. l. 17. C. de fid. inſtr. l. 8. C. de praeſc. 30. vel 40. ann.* Neque velim, ut confundas dona, & munera: hæc enim inter ſe differre, probat clarus textus *in l. 194. & 214. ff. de V. S.* Illa enim ex mera liberalitate: hæc ex quadam neceſſitate, puta, à clientibus, patronis, à tutoribus pupilli nomine matri ad ſecunda vota tranſeunti (huc etiam ſpectant munera nuptialia *l. 195. ff. eod.*) fieri dicuntur.

2 Alia eſt donatio Propria: alia Impropria. *Propria* eſt, quæ habet omnia requiſita ad veram donationem. Sunt autem requiſita I. ut fiat ex mera liberalitate. II. purè, ut ſcilicet donatum ſtatim accipientis fiat. Et III. irrevocabiliter *l. 1. ff. b. t.* Ad donationem Propriam reducitur etiam donatio Remuneratoria, cùm aliàs vix daretur donatio propria: plerumque enim præcedere ſolet aliqua cauſa: ſecùs namque non donatio, ſed profuſio, & prodigalitas magis, quàm liberalitas dicenda foret. *Impropria*, quando unum ex his requiſitis deficit. De qua *§. ſeq.*

3 Cauſa efficiens *Remota* donationis propriè talis eſt jus gentium, vel, ſi mavis, jus naturale; quatenus cuilibet permiſſum eſt, quocunque titulo dominium rei ſuæ in alterum transferre. Neque etiam excludimus jus civile, cujus authoritate producit condictionem ex lege. Proxima eſt donans. Donare autem poteſt, qui habet liberam rerum ſuarum adminiſtrationem, & ſpeciali jure non prohibetur. Prohibentur autem adminiſtratores de rebus, quas adminiſtrant, donationes facere, niſi fortè modicas, eáſque remuneratorias. vid. *Clariſſ. D. D. Franz p. m. b. n. 2.* (a) Inde etiam haud dubiè fluit, quòd, eſto, filiusfamilias

(a) Tradit *ibid.* alios prohiberi jure canonico, alios jure civili. Illo PRÆLATI ſive Regulares, ſive Sæculares *c. 2. b. t.* RELIGIOSI vid. deſuper *c. 11. c. 12. q. 1. & c. 6. de ſtat. monach.* Item alii Eccleſiaſtici de bonis ipſius Eccleſiæ *c. fin. cauſ. 16. quæſt. 1.* Item FILIUSFAMILIAS de peculio adventitio ordinario. *l. ult. §. 3. C. de bon. quæ lib.* vel profectitio. vid. tamen *d. l. 7. pr. & §. 1. ff. b.* TUTORES, CURATORES *l. 22. ff. de admin. & per. tut.* Aliíque ADMINISTRATORES circa res, quas adminiſtrant; cùm illis tantùm adminiſtrare, non perdere incumbat.

Digitized by Google

lias in peculio profectitio non habeat, niſi adminiſtrationem, nihilominus ex juſtà ratione donare poſſit *l. 7. pr. & §. 1. ff. de donat.*

Donari poteſt cuilibet, qui occupandò poteſt ſibi acquirere. Prohibita tamen eſt I. donatio Filiofamilias à patre facta *l. 1. §. 1. ff. pro donat. l. 11. C. h. t.* quia habentur pro una perſona; ſi tamen hæc donatio non fuit revocata morte, vel emancipatione, confirmatur *l. 31. §. 2. ff. h. t. l. 25. ff. de donat. inter vir. & ux.* quia ceſſat vinculum unitatis. Excipitur dos, & donatio propter nuptias, quas ſubſiſtere, colligitur, tum ex *l. 35. ff. fam. erciſc.* tum ex *Gail. 2. obſ. 38. n. 5. & ſeqq.* Item donatio filio in militiam eunti facta *l. 4. C. fam. erciſc.* Prohibentur II. donationes inter conjuges, jure antiquiori, quia eodem loco erant viris, quo hæredes ſuæ, & filiæfamilias. *vid. Heinec. Elem. Jur. §. 146. & §. 458.* Jure noviori, ne mutuatò amore invicem ſpoliarentur, ne deficeret eis ſtudium liberos potiùs educandi, ne amor conjugalis fieret venalis, aut concordiam pretiò conciliari videretur, neve unus fiat ditior, alter pauperior, conſul. *l. 1. 2. & 3. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Morte nihilominus, ſi priùs non fuerint revocatæ, confirmantur; quia ceſſant rationes allegatæ *l. 1. 3. & 25. C. de t.* Sed de hac vid. Digeſtiſtæ.

Objectum ſunt res, quæ donari poſſunt, donari autem poſſunt res omnes humano commercio obnoxiæ *l. 9. pr. & §. un. ff. h. t.* 4

Dubitatur, utrùm valeat donatio omnium bonorum? Reſpondetur cum communi affirmativè; quia quilibet eſt ſuarum rerum moderator, & arbiter *l. 21. C. mand.* nullóque jure legitur prohibita. Neque etiam, ùt quidam opponunt, hôc modô datur hæreditas pactô contra *l. 5. C. de pactis conv.* nam hæreditas comprehendit commoda, & incommoda *l. 62. ff. de R. J.* donatio verò tantùm merum commodum complectitur, eſto donatarius debeat pati deductionem æris alieni *arg. l. 12. ff. h. t. l. 19. §. 1. ff. de re jud.* Quòd ſi eô pactô donarentur omnia bona, ut teneatur ad debita; per hoc tamen donatio nondum evaderet titulus univerſalis, cùm donatarius tantùm teneretùr ex ſpeciali pacto, non item vi donationis. Neque verum eſt, per ejuſmodi donationem reſtringi libertatem teſtandi; nam imprimis poteſt alia bona acquirere, atque de iis teſtari. Deinde non per omnia verum eſt, eum, qui nihil habet, non poſſe teſtamentum facere, cùm hæreditas ſine ullo juris corpore intellectum habeat. *l. 50. ff. de pet. hæred.* poſsitque etiam hæreditas damnoſa relinqui, ùt patet ex *§. 3. Inſt. l. 3. ff. de leg. Fal.* Accedit, quòd, qui ſe dat arrogandum, etiam ſibi adimat facultatem teſtandi, nec tamen exinde inferre licet, arrogationem eſſe prohibitam. Minùs valet inſtantia, quòd non valeat pactum de hæreditate viventis *l. 61. ff. de V. O.* nam hoc pactum involvit votum captandæ mortis, cùm hæres non ſta-

tim

Digitized by Google

tim, ſicut in donatione donatarius, ſed primum poſt mortem bona paciſcentis acquirat. Neque *l. 17. §. 1. ff. quæ in fraud. credit. l. 16. §. 1. de jur. patron.* objici ſolitæ ad rem faciunt, cùm loquantur de caſibus, ubi talis donatio vel creditoribus, vel patrono præjudicat. *Clariſſ. DD. Aybling. h. t. n. 6. & ſeqq.* Porrò, ſicut verius eſt contra *Zoëſ. h. t. n. 29.* & alios, ſub donatione omnium bonorum etiam nomina, ſeu actiones comprehendi, quia etiam beant. *l. 49. ff. de V. S.* ita magis recepta eſt opinio, ſub donatione omnium bonorum non venire bona futura, quoniam donatio eſt ſtrictæ interpretationis *l. 22. ff. h. t.* Eſtque quid ſpeciale, ac exorbitans, quòd oppignoratio omnium bonorum etiam ſe extendat ad bona futura *l. ult. in fin. C. quæ res pig.* Adeſt inſuper ſufficiens diſparitatis ratio, quòd debitor poſſit ſolvendô bona oppignorata liberare, non item donationem factam revocare; hinc opignoratio latiorem interpretationem admittit.

5 Forma donationis conſiſtit in requiſitis, quæ per ſe loquendô animô donandi ſignis exterioribûs manifeſtatô ex parte donatoris, & acceptatione donatarii abſolvuntur *§. 2. h. t.* Inde eſt, quod abſenti facta, ſi donator (idem de donatario) ante acceptationem moriatur, evaneſcat *l. 2. §. 6. l. 10. ff. h. t.* Si tamen excedat ſummam 500. ſolidorum (olim 200. poſtea 300.) opus eſt, ut donatio Actis, id eſt Magiſtratui inſinuetur *§. 2. Inſt. h. l. 34. & 36. §. 2. C. h. t.* ne quis inconſideratè, aut prodigaliter ſit liberalis *arg. l. 27. C. eod.* facta autem ultra debitam ſummam ſemper valebit, ſaltem quoad ſummam legibûs permiſſam *d. l. 34. C. h. t.* quia utile per inutile non debet vitiari *c. 57. de R. J. in 6.* imò poterit donatarius etiam exceſſum retinere, usque dum à donante repetatur; quia tantùm nulla eſt in favorem donantis, cui poteſt renunciare *Clariſſ. D. Ayblinger h. t. n. 25.*

Ab hac inſinuatione immunis eſt I. donatio à Principe facta II. donatio ad redimendos captivos, vel reficiendas ædes incendiô combuſtas, vel ruinâ ſublatas *d. l. 34. & 36. pr. & §. 1. C. h. t.* III. à Magiſtratu militum militibus facta *d. l. 36. §. 1.* IV. donationes propter nuptias *nov. 119. c. 1.* V. donatio mortis causâ *l. ult. C. de don. mort. cauſ.* Ac denique VI. donationes, quæ fiunt (fraus legis abſit!) diversîs temporibûs *d. l. 34. §. 3. C. h. t.*

Controvertitur, an omnis donatio ad cauſas pias ſit ab inſinuatione immunis? Quamquam ſententia negativa textibus juris civilis (à quibus SS. Canones nullibi receſſerunt) ſit omninò conformior, tum quia in *l. 19. C. de SS. EE.* donationes ad cauſas pias ultra 500. ſolidos (per ſolidum intelligunt aureum Hungaricum) factæ abſciſsè annullantur: tum quia in *d. l. 34. in fin. pr. C. h. t.* Imperator expreſsè tan-

tantùm cauſas piiſſimas (quas in *l. 36. pr.* & *§. 2.* recenſet) ab omni inſinuatione immunes facit; alias verò cauſas pias tantùm usque ad ſummam 500. ſolidorum ab inſinuatione eximit, conſequenter ſignum apertum ſit, quòd non voluerit cauſas piiſſimas cum piis confundere, præſertim cùm à conſtitutione *cit. §. 1. d. l. 34.* nullibi receſſerit: in praxi tamen contrarium obſervari, aſſerit *Magnif. P. Schmier Jurisp. Can. Civ. lib. 3. tr. 3. c. 7. n. 136.* & *ſeqq. vid. Brunn. ad d. l. 34. §. 1. C. h. t.*

6 Effectus donationis alius eſt, ſi acceſſerit traditio, alius ſi nuda conventione perficiatur. Si prius, & donans fuit dominus, transfertur dominium in donatarium *arg. §. 40. Inſt. de R. D.* ſi non fuit dominus, tantùm tranſit conditio uſucapiendi *l. 9. §. fin. ff. h. t.* & *tot. tit. ff. pro donat.* Si poſterius, effectus proximus eſt obligatio ad rem donatam præcisè tradendam *§. 2. h.* Remotus eſt condictio ex *d. l. 35. §. ult. C. eod.*

7 Contraria ſunt modi, quibus donatio revocatur. Revocatur autem vel ex parte, vel in totum. *Ex parte* revocatur, ſi ſit inofficioſa, hoc eſt, ſi lædat legitimam; quo caſu ii, quibus legitima debetur, agere poſſunt querelâ inofficioſæ donationis (eſt etiam condictio ex lege) ut tantundem reddatur, quantum requiritur ad complendam legitimam, adeóque non ad totam donationem reſcindendam. Textus expreſſi exſtant *in l. 5. 7.* & *8. C. de inoff. donat.* Huic opinioni non refragatur, quòd hæc querela *in l. ult. C. de inoff. donat.* æquiparetur querelæ inofficioſi teſtamenti, quâ totum teſtamentum reſcinditur *l. 6. §. 1. ff. de inoff. teſtam.* Nam iſta æquiparatio non eſt abſolutè, ſed tantùm ſecundùm quid talis, quatenus utraque quinquenniô per oppoſitam cauſam ingratitudinis excluditur. Sanè, cùm exhæredatio maculam exhæredato inurat, juſtum videbatur, poſſe eum patris injurioſè, & ex quadam imputata dementia exhæredantis, judicium pro ſolatio injuriæ illatæ ex integro impugnare. Accedit, quòd donatio, utpote actus inter vivos de ſe teſtamentô tanquam actu ultimæ voluntatis ſit firmior. (a)

8 In totum revocatur, ſi donatarius contra donatorem cauſam ingratitudinis commiſerit. Harum quinque numerantur *in l. ult. C. de revoc. don.* ſequenti diſticho expreſſæ.

Ingratum faciunt atrox injuria, damnum,
Impia dextra, fides fracta, pericla necis.

X x Pri-

(a) Neque aliter ſentit reſcriptum Alexandri *in l. 87. §. 3. ff. de leg. 2.* vel Diocler. & Maxim. *in l. 4. C. de contr. empt.* & *vend.* in quibus textibus videtur ex integro poſſe revocari, niſi eſſet facta uni ex filiis, aut nepotibus, quibus pariter & aliunde debetur legitima: Nam *hi text.* intelligendi ſunt de ipſa legitima, ut ſenſus ſit; niſi donatio eſſet facta, quibus debetur legitima, vel ſaltem pars, ex integro revocaretur quoad legitimam, non autem quoad omnia bona, quæ ex liberalitate translata ſunt. *arg. tit. l. 7.* & *8. C. de inoff. donat.*

Digitized by Google

Prima igitur cauſa eſt, ſi donatarius atroces injurias (ſcilicet verbales (in donatorem effundat. *Altera* eſt, ſi grave damnum bonis donatoris inferat. *Tertia*, ſi donatorem percuſſerit. *Quarta*, ſi conditiones donationi adjectas non impleverit. Et *quinta*, ſi donatoris vitæ inſidias ſtruxerit. *Ex his tantummodo cauſis* (ait Imperator in *d. l. ult.*) *ſi fuerint in judicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatæ, etiam donationes factas everti concedimus.* Unde contra legis diſpoſitionem ſcribunt; qui alias cauſas in his ob majoritatem, vel paritatem rationis non comprehenſas admittunt.

Dices: nónne erit ſumma ingratitudo, ſi donatarius donatorem ad paupertatem redactum alere recuſet, cùm negare alimenta ſit necare *l. 4. ff. de agnoſ. & alend. lib.* Rectè! erit ſumma ingratitudo, ſed tamen ad revocandam donationem non ſufficiens, cùm donatarius merè ſe habeat negativè, nihilque denegandô alimenta contra donatarium egerit: cauſæ verò ingratitudinis *in d. l. ult.* recenſitæ in facto poſitivo conſiſtunt: nec enim donatarius abſolutè loquendô tenetur donatori benefacere (quippe ſi hoc? omnis donatio foret oneroſa, ſeu potiùs contractus innominatus: do, ut facias, vel do ut des) ſed tantùm non malè facere. Cæterùm actio revocatoria (niſi lis jam fuerit conteſtata) neque datur hæredibus, neque contra hæredes *d. l. ult.* Ratio datur, quia vindictam ſapit, & hoc ipſo, quòd donator non egerit, cenſetur injuriam remiſiſſe.

Diſputatur, num poſſit revocari ob inſperatam nativitatem liberorum? Affirmamus *cum Facbin. 3. controv. c. 85. Lauterb. ff. h. t. §. 53.* Idque probamus ex *l. 8. C. de rev. donat.* ubi, ſi patronus filios non habens libertis bona omnia, vel partem aliquam facultatum donatione fuerit largitus, & poſtea ſuſceperit liberos, totum, quidquid largitus fuerit, reverti dicitur ad donatorem: neque enim præſumitur donator, ſive ſit patronus, ſive alius, ſi prævidiſſet, ſe acquiſiturum liberos, iis extraneum præferre voluiſſe. *vid. textus* ad rem faciens *in l. 30. C. de fideic.* Cenſetur itaque in hujusmodi donatione eſſe imbibita conditio, niſi liberi ſupervenerint. Neque obſtat, quòd ipſimet ſuprà tantùm quinque cauſas admiſerimus; nam ibi ſermo erat de donatione pura, non (ſaltem implicitè) conditionata, & potiùs ob cauſas INGRATITUDINIS revocabili. Neque obſtat ulteriùs, quòd ex effato D. Auguſtini *in c. ult. cauſ. 17. q. 4.* ſaltem jure fori non poſſit revocari; ſiquidem textus loquitur de donatione Eccleſiæ facta, quæ juxta multos non poteſt ob inſperatam nativitatem liberorum, niſi quoad legitimam, revocari. Ad reliqua reſpondet *Clariſſ. DD. Franz h. t. n. 18.*

§. II.

§. II.

De Donatione mortis cauſâ, aliiſque ſpeciebus Donationis impropriæ.

SPecies donationis impropriæ eſt I. donatio mortis cauſâ. II. Donatio propter nuptias, III. Donatio ſub modo, aut ſub conditione facta. 9

Donatio mortis cauſâ eſt *Actus, quo liberalitatem erga alterum acceptantem intuitu ſecuturæ mortis exercemus.* Dicitur mortis cauſâ ideo, quia primùm effectum ſortitur irrevocabilem, atque efficacem à tempore mortis: ſiquidem in hac donatione donator magis ſe, quàm eum, cui donat, & magis hunc, quàm hæredem diligit, ut loquitur Imperator *h. §. 1.* & probat verſiculis Homeri.

Eſt autem alia *Generalis*, ſeu *Indefinita*, quæ fit ſine ullo præſente periculo: alia *ſpecialis*, ſeu *definita*, quæ fit ob præſens aliquod periculum: & iſta rurſus fieri poteſt vel ſub conditione ſuſpenſiva, vel reſolutiva: priorì modô fit, ſi interim ſuſpendatur, donec conditio exſtiterit: poſteriorì modò, ſi res interim tradatur ea tamen lege, ut ſi periculum evaſerit donator, donatio reſolvatur, & res iterum reſtituatur. Textus ſunt notabiles in *l. 2. l. 13. §. 1. & l. 35. §. 4. ff. de mort. cauſ. donat.*

Cauſa efficiens *Remota* eſt jus civile, quatenus ipſo jure, & ſine traditione transfertur dominium *l. 2. ff. de publ. in rem act.* & ita dicitur à Juſtiniano formata *in §. 1. h. & l. fin. C. de don. mort. cauſ.* Proxima eſt donans. Donare verò mortis cauſâ poteſt omnis, qui teſtamentum facere *l. 15. ff. d. t. l. 32. §. 8. ff. de donat. int. vir. & uxor.* quod affirmativè procedit, non autem negativè: nam filiusfamilias poteſt de peculio extraordinario donare mortis cauſâ. *arg. l. 25. §. 1. ff. de mort. cauſ. donat.* cùm in illo ſit plenus dominus *l. fin. in fin. C. de bon. quæ lib.* habeátque plenam adminiſtrationem *nov. 117. c. 1. §. 1.* Nec tamen poteſt teſtamentum facere, ex infrà dicendis: quòd autem in *l. 7. §. 4. ff. h. t.* generaliter ſine conſenſu patris donatio ſit prohibita, prorſus non facit ad rem, dum peculium extraordinarium Ulpiano erat adhuc incognitum, utpote primùm *in l. ult. C. de bon. quæ lib.* à Juſtiniano inventum: hinc etiam eſt, quòd jure digeſtorum extra peculium caſtrenſe, vel quaſi opus fuerit conſenſu patris *d. l. 25. §. 1. ff. de M. C. donat.* Ex data regula colligitur, etiam minores 25. annis poſſe donare mortis cauſâ, hoc ipſo, quòd poſſint facere teſtamentum: nullum enim ex hac donatione, uti in alienationibus inter vivos contingit, ei imminet periculum, cùm, ſi 10

Digitized by Google

vivat, poſſit ſemper donationem revocare, ſi moriatur, re donata non amplius indigeat.

11 Requiſita donationis mortis causâ ſunt I. ut fiat contemplatione ſecuturæ mortis *arg. l. 42. §. un. ff. de donat. mort. cauſ.* ubi donatio à moribundo facta, ſed ſine expreſſa mentione mortis, donatio morientis, non mortis causâ dicitur: II. ut ipſa donatio, & non tantùm executio ſit collata ad tempus mortis *arg. l. 32. ff. d. t.* III. ut accedat acceptatio donatarii *arg. l. 38. ff. eod. l. 55. ff. de O. & A.* & IV. ut adſint 5. teſtes *l. fin. C. de don. mort. cauſ.*

12 Effectus variat: vel enim donator adhuc vivit, vel jam deceſſit: ſi prius, & donatio fuit generalis, non operatur, niſi nudam ſpem; quia donator poteſt illam ſemper revocare *l. 15. & 35. §. 2. ff. d. t* cùm ſit ſpecies actûs ultimæ voluntatis. Idem eſt, ſi fuit definita, ſed facta ſub conditione ſuſpenſiva. Quòd ſi fuerit donatum ſub conditione reſolutiva, & ita res tradita: interim donatarius dominium acquirit, ita tamen, ut, ſi conditio exiſtat, adeóque ſi donator periculum, cujus intuitu fuit facta donatio, evaſerit, reſolvatur donatio, & poſſit res repeti. Sed qua actione? Actionem in rem indulget Ulpianus in *l. 29. ff. eod.* condictionem (ſcilicet causâ datâ causâ non ſecutâ) dandam non dubitaverunt Caſſiani apud Paulum *in d. l. 35. §. 3. ff. eod.* utraque accommodari poterit juxta eundem Ulpianum *in l. 30. ff. d. t. Hub. h. n. 2. in fin.* Si donator deceſſerit, donatio fit irrevocabilis, ita, ut ſi res non fuerit tradita, competat donatario vel rei vindicatio, vel actio hypothecaria, vel perſonalis ex teſtamento, ſi non directa, ſaltem utilis *arg. §. 2. h. & l. fin. C. de D. M. C.* cùm ſit legato aſſimilata; ubi dominium ſtatim ad legatarium tranſit. *l. 64. ff. de furt.* Si verò res fuerit à donatore in vivis tradita, donatarius nanciſcitur dominium irrevocabile. *cit. ſuprà tt.*

13 Extinguitur donatio hæc, I. ſi donatarius præmoriatur *l. 29. ff. de M. C. D.* quòd ſi ſimul moriantur, vel in dubio, melior eſt conditio poſſidentis *l. 26. ff. d. t.* II. Si ceſſet periculum, cujus intuitu fuit facta *d. l. 35. §. 3. ff. eod.* vel III. denique, ſi donator eam revocet. *l. 16. & 30. ff. d. t. §. 2. Inſtit. h. t.* Quid ſi fuerit adjectum pactum de donatione non revocanda? Transformari in donationem inter vivos, vult Marcianus in *l. 27. ff. d. t.* quod *Clariſſ. D. D. Franz h. t. n. 7.* verum putat, ſi pactum ſtatim in ipſa donatione ſit adjectum. Econtra hoc pactum etiam adjici poſſe donationi mortis causâ, tradit tum Julianus in *l. 13. §. 1.* & Paulus in *d. l. 35. §. 4. ff. eod.* tum Imperator noſter *in nov. 87. c. 1.* Exiſtimat laud. Clariſſ. ubi ſuprà, hoc eſſe intelligendum de pacto ex intervallo adjecto, quod donationem non immutat, ſed relinquit (ſaltem validè, eſto, non licitè) revocabilem. Utrùm hæc interpretatio difficultatem ſol-

Digitized by Google

ſolvat aliis judicandum relinquimus. *Hub. b. t. n. 2. in fin.* ait verbis tenus habere ſpeciem donationis mortis cáuſâ, in effectu tamen eſſe donationem inter vivos, vel ſaltem mixtæ cujusdam naturæ. Aliter Branchu *decad. 1. obſ. 4.*

Quæres, quomodo differat donatio mortis cauſâ à legato? Reſpondetur, præcipuam differentiam in eo conſiſtere, quòd legatum conſiſtat in ſola voluntate teſtatoris: donatio autem mortis cauſâ requirat acceptationem. Item legatum in annos ſingulos eſt multiplex ſecundùm *l. 4. ff. de ann. leg.* donatio verò mortis cauſâ una tantùm, ac ſimplex *l. 35. §. fin. ff. de M. C. D.* Legatum primùm poſt mortem perfectum eſt, & ideo indigno auferri poteſt, non item hæc donatio *l. 5. §. 17. ff. de his, quib. ut indig. Hub. d. l. n. 3.* Legatum dependet ab aditione hæreditatis, non etiam donatio mortis cauſâ. *Hopp. h. ad §. 1.*

Ad donationes improprias reducitur etiam *donatio propter nuptias* ſeu 14 contra dòs vulgò Widerlag, quæ eſt donatio à marito uxori facta in ſecuritatem dotis *vid. §. 3. h. t.* (a) Item donatio ſub modo, vel conditione, quæ donationes òmnes ſunt impropriæ, vel quia non fiunt irrevocabiliter, vel non purè, vel non ex motivo meræ liberalitatis, ſed ob alias cauſas.

TITULUS VIII.

Quibus alienare licet, vel non?

1 PArùm proficeret ſcire modos acquirendi dominium, & tamen ignorare illius effectus, ac proprietates. Effectus autem dominii vel ma-

(a) Dicebantur olim donationes antenuptiales, quia ante nuptias tantùm contrahebantur, tacita conditione ſubintellecta (ita ſtatuente Conſtantino *in l. 15. C. de donat. ante nupt.*) SI NUPTIÆ FUERINT SECUTÆ. Ex Juſtini conſtitutione, quæ eſt *l. pen. C. de donat. ante nupt.* fuit ſtatutum, ut poſt matrimonium tum dos, tum donatio propter nuptias antea conſtitutæ, poſſint ſaltem augeri. Juſtinianus verò adhuc plenius proſpexit, ſtatuitque in *l. ult. C. eod.* ut etiam poſſint poſt matrimonium conſtitui, ſalva tamen inter unam & alteram (quam hodierna praxis tam accuratè non obſervat) omnimoda paritate *nov. 97. c. 1. & 2.* voluitque, ut vocaretur donatio propter nuptias. *d. §. 3. h.* Ante nuptias facta hæc donatio, nuptiis verò non ſecutis, quomodo & quando revocari poſſit, tradit Imperator *in l. 15. C. de donat. ante nupt.* Limitationem etiam *ex l. 16. C. d. t.* dedimus alibi. Ergò, inquis, eſt donatio conditionata, ſi nuptiæ fuerint ſecutæ. Minimè! ſic enim incideret in caſum, à quo incipere non poſſet, nimirum in donationem inter virum & uxorem. *l. 4. C. d. t.* Sed eſt donatio ſub conditione reſolutiva, ut nuptiis non ſecutis revocetur, ſicut antea ſi hæc conditio fuerit appoſita. *arg. l. 1. §. 1. ff. h. t.* Jure quippe veteri donationes inter ſponſos erant purè tales, nec poterant revocari, niſi hoc expreſsè fuiſſet cautum. *d. l. 1. §. 1.* Vinn. *ad cit. §. 3. h.* Sed cur hodie valet etiam poſt matrimonium? quia non ex mera liberalitate ſit; ſed ob cauſam, nempe in dotis ſecuritatem.

maximè elucet ex facultate alienandi *arg. §. 40. Inſt. de R. D.* imò & abutendi *arg. l. 55. ff. de condit. & demonſt.* cùm quisquis rei ſuæ ſit liberrimus moderator, & arbiter *l. 21. C. mand.* Verùm hæc alienandi facultas non eſt dominii quid proprium quartò, ùt ajunt, modò; nec enim omni domino, nec etiam ſoli domino competit: dantur equidem domini, qui non poſſunt alienare, & non domini, qui poſſunt. Exemplum prioris exhibet Imperator hic. *Primò* in Marito, qui, eſto, ſit dominus rerum dotalium, eas tamen, ſi ſint immobiles, alienare non poteſt *princ. Inſt. h. l. 42. ff. de fund. dot.* niſi fuerint æſtimatæ *venditionis gratia*, id eſt, ea lege, ut poſſit illas vendere; tunc quippe eas acquirit titulô venditionis *l. 10. §. 4. ff. de jur. dot.* & ideo alienare poteſt *l. 5. C. de jur. dot.* vid. paulò latiùs *Illuſt. D. Coll. de Herz Magiſtr. leg. lib. 3. c. 1. tit. 5. n. 20. & ſeq.* *Secundò* in pupillis (idem de minoribus, qui curatorem habent, dicendum) qui ſine tutorum authoritate, eſto ſint domini rerum ſuarum, alienare non poſſunt *§. 2. h.* imò ſi ſint res immobiles vel mobiles pretioſæ, requiritur inſuper decretum Magiſtratûs *l. 22. & 23. C. de adminiſt. & per. tut.* Idcirco ex data regula *d. §. 2. h.* infert Juſtinianus, quòd, ſi pupillus mutuam pecuniam ſine authoritate tutoris dederit, numi non fiant accipientis, & ſic, ſi exiſtent, vindicari, ſi conſumpti ſint, *bona fide* condici poſſunt, & quidem probabiliùs condictione certi ex *mutuo l. 19. §. 1. & arg. l. 11. §. fin. l. 12. ff. de R. C.* dum in favorem pupilli mutuum reconvaleſcit, aliàs illi deficeret actio; vel ùt alii volunt, condictione *ſine cauſa.* Si *mala fide* accipiens conſumpſerit, datur actio ad exhibendum, & *utilis* rei vindicatio; quia, qui dolô deſiit poſſidere, pro poſſeſſore habetur: in caſu verò, quo pupillo facienda eſt ſolutio, notabile eſt, quòd rurſus non ſufficiat ſola tutoris authoritas, ſed opus ſit decretô Magiſtratûs: ubi dein, quamvis in ſolutione pupillus læſus ſit, non indulgetur, utì fit in aliis contractibus, reſtitutio in integrum *d. §. 2. h. l. 25. C. de admin. & per. tut.* cùm debitori imputari non poſſit, quòd ſolverit, & decreto Judicis paruerit: ſolutio namque neceſſitatis eſt; contractus verò liberæ voluntatis, ad quos cogi regulariter nemo poteſt: ſi ipſe pupillus ſolvat, ſolutio nulla eſt, nec etiam transfertur dominium; interim tamen, ſi creditor bona fide conſumpſerit, convaleſcit, ne pupillus adhuc ſolvere cogatur. *d. §. 2. l. 14. §. fin. ff. de ſolut.* Sæpiùs etiam reſtringitur facultas alienandi teſtamentô, vel pactô, ſed diſpari effectu: nam alienatio contra prohibitionem teſtamentariam facta nulla eſt, datúrque revocanti actio in rem *l. 69. §. 3. ff. de leg. 2. l. 1. C. com. de leg.* non item contra pactum *arg. l. 20. C. de pact. Hub. h. n. ult.*

2 Exemplum poſterioris, quòd non dominus poſſit alienare, affertur in creditore, qui etſi non ſit pignoris dominus, illud tamen alienare non

non prohibetur *§. 1. h.* dummodo fiat *debito tempore*, id eſt, poſt moram, quæ committitur, vel ſi dies ſit adjectus, vel ſi homo interpellet, & *debitô modô*, ſcilicet bona fide, ſeu legitimô pretiô, nec non adhibitis debitis ſolennitatibus. Ubi ſi pactum ſit adjectum de pignore, caſu quo debitum tempore convento non fuerit ſolutum, alienandô, poteſt creditor commiſsâ morâ diſtrahere *l. 3. §. 1. C. de jur. dom. impetr.* pacta enim dant legem contractui *l. 7. §. 4. & 5. ff. de pact.* ſi conventum fuit de pignore non alienandô, licet hæc conventio, utpote contra naturam pignoris, non valeat; hunc nihilominus operatur effectum, quòd creditor debeat præmittere trinam denuntiationem *l. 4. & 5. ff. de pignorat. act.* ac poſtmodum, bienniô elapsô *arg. l. 3. §. 1. C. de jur. dom. impetr.* pignus liberè diſtrahere valeat: ſi autem nihil inter partes circa alienationem pignoris actum fuerit, unica denunciatione præmiſſa, ac transactô ab ea bienniô, poteſt creditor rem oppignoratam vendere: quòd ſi emptorem non inveniat, fit debitori nova denunciatio, quâ contemptâ poteſt creditor à Principe petere, ut rem pignori nexam jure dominii (refusô tamen pretiô, quod excedit ipſum debitum) ſibi deinceps poſſidere liceat. *d. l. 3. §. 2. & 3. C. de jur. dom. impetr.* Verùm cùm creditori durum accidat integrum biennium exſpectare, ac tamdiu pignus ſine fructu retinere, exiguus hodie erit hujus legis uſus, ſed ſolent authoritate judiciali pignora diſtrahi, & ſi emptor non reperiatur, creditori in ſolutum adjudicari, ùt teſtatur *Hopp. ad cit. §. 1. h. t.* Imò Brunn. *ad d. l. 3. n. 11.* & cum eo *Voët ff. de diſtr. pig. n. 1.* exiſtimant, Juſtinianum *in d. l. 3.* non loqui de diſtractione pignoris ordinaria, ſeu abſoluta, ſed de ea, quæ ad dominium impetrandum inſtituitur. Effectus autem hujus venditionis legitimè factæ eſt, quòd omne jus, quod debitor habuit, transferatur in emptorem, ita, ut debitori ad rem illam non detur ampliùs contra extraneum regreſſus *Clariſſ. D. D. Franz h. num. 9.* Dixi: *contra extraneum:* ſi enim unus ex creditoribus emerit, vel creditor jure dominii pignus impetraverit, competit adhuc debitori intra biennium, oblatô debitô cum uſuris, regreſſus *l. 5. §. fin. l. 6. ff. de diſtr. pignor. d. l. 3. §. 3. C. de jur. dom. impetr.*
Hub. h. num. 2.

TI-

TITULUS IX.

Per quas perſonas cuique acquiritur.

1 AD perfectam notitiam dominii opus etiam eſt ſcire, per quas perſonas acquiri poſſit: poſſe autem acquiri vel per noſmet ipſos, vel etiam per eos, quos in poteſtate tum dominica, tum patria, vel verè, vel putativè (id eſt per ſervos alienos bona fide poſſeſſos) habemus aut etiam eos, in quibus uſumfructum tantùm obtinemus, nec non per homines liberos (puta, per procuratores) non item per alias perſonas planè extraneas, definit Juſtinianus in *princ.* & *§. 5. Inſtit. h.* Ratio deſumitur *ex §. 19. de inutilib. ſtipul.* quoniam obligationes inventæ ſunt, ut unuſquiſque acquirat ſibi, quod ſuâ intereſt: Cæterùm ſi alii detur, nihil intereſt ſtipulatoris, quod optimè ad dominium applicari poteſt, quia etiam alterum fieri dominum per ſe loquendô noſtrâ non intereſt. Hic potiſſimùm agendum erit de modis, quibùs acquiritur per filiosfamilias (ſervorum enim vix ampliùs eſt uſus, de procuratoribus erit alius diſſerendi locus) ubi præmittendum, jure antiquiori (quippe antiquiſſimô, ubi dominia tantùm per *emancipationem*, aut *ceſſionem in jure* acquirebantur, nullatenus per alium acquiri poterat *Hub. h. n. 1.*) quidquid filius acquiſierat, patri acquiſiviſſe, donec filiisfamilias conceſſa fuerit licentia teſtandi de bonis in militia acquiſitis (de qua videri poteſt Ulpianus *in l. 1. ff. de milit. teſtam.* & *in §. ult. Inſt. eod.*) poſtea etiam ad quaſi caſtrenſe (de quo ſtatim) extenſa. *vid. Heinec. antiq. Rom. ad h. t.* quidquid igitur extra hæc duo peculia filius acquirebat, indiſtinctè, & ita patri acquirebat, ut potuerit de illo pro lubitu diſponere. *§. 1. Inſt. h.* Fuerunt poſtmodum ex deciſione Conſtantini M. paternæ acquiſitioni ſubtracta quoad proprietatem *Bona Materna l. 1. C. de bon. mat.* & à Theodoſio *in l. 6. C. Theod.* etiam alia bona materni generis. Item in *l. 1. 4.* & *5. C. de bonis, quæ lib. Lucra nuptialia*, ac tandem à Juſtiniano *omnia* bona aliunde, quàm à patre, vel ejus intuitu ad filium profecta *l. 6. C. d. t.* in quibus omnibus patri uſusfructus, filio verò proprietas obvenit. Hinc quoad acquiſitionem ſervanda eſt diſtinctio inter peculia.

2 Per peculium autem in genere prout hic ſumitur, intelliguntur illa bona, quæ ſervi, vel filiifamilias ſeparata habent à bonis dominicis, aut paternis. Peculium filiifamilias (ſervi, unius erat naturæ) varias ſortitur diviſiones, ac ſpecies. Aliud eſt Paganum: aliud Militare. *Paganum* eſt, quod filiusfamilias extra militiam tum ſagatam, tum to-

gatam acquirit; éſtque rurſus duplex Profectitium, vel Adventitium *l. ult. C. de inoff. teſt.* *Profectitium*, quod vel immediatè à patre nudæ adminiſtrationis causâ *§. 1. h.* vel ab alio intuitu tamen patris provenit *l. 6. §. 2. C. de bon. quæ lib. arg. l. 45. §. ult. ff. de A. vel O. H.* ùt ſi quis patri donaturus filio daret, vel filio, ob merita patris, vel ex affectu erga patrem donet. *Adventitium*, quod aliunde ſine intuitu patris advenit. Huc ſpectant I. Bona materna, & materni generis *l. 1. & 2. C. de bon. quæ lib.* II. Lucra ſponſalitia, & Nuptialia *d. l. 2. l. 3. 4. & 5. C. d. t.* III. Quæ filius citra reſpectum patris titulô hæreditatis, legati, vel donationis; item ex liberalitate fortunæ, vel ex induſtria propria non tanquam adminiſtrator rerum paternarum acquiſivit *d. §. 1. in fin. h. l. 6. C. de bon. quæ lib. &c.* Interrogas, quò ſpectent donata à patrinis in Baptiſmo, vel Confirmatione, ſeu, ùt vocatur, pecunia luſtrica, das Pathen-Geld. Ad profectitium revocat *Voët ff. de pecul. n. 4.* patrem ſuum ſecutus *ad §. 3. de ſtipul. ſervor. n. 2. & ad §. 1. h.* cùm ejusmodi donationes non infantum intuitu, ſed parentum contemplatione fieri (ùt ait) in aperto ſit. *Hopp. econtra ad d. §. 1. h.* reducit ad irregulare, quia intentio donantis præſumitur eſſe, ut maneant penes infantes. *Coccei. jur. contr. d. t. de pecul. quæſt. 13.* ad peculium adventitium ordinarium referenda contendit, nam, quòd non detur præcisè intuitu patris exinde conſtat, quia etiam patre mortuo iſtæ donationes exercentur. *Voëtio* non aſſentimur, niſi donatio conſiſtat in extraordinaria aliqua quantitate, ita, ut colligi poſſit, non intuitu filii, in quem, utpote recèns natum, regulariter vix ſpecialis affectus cadere poteſt, ſed ob affectum, vel debitum erga patrem fuiſſe donatum, vel niſi parentes ſint pauperes, de quibus facilè conſtare poteſt, hæc donata erogaturos. *Hoppium* ſequimur, caſu, quo talis donatio conſiſtat in pecunia aliqua rara, & antiqua, quæ expendi non ſolet: ſiquidem ejusmodi pecunia dari ſolet in memoriam, zu einem Angedencken. Extra hos caſus præplacet ſententia *Cocceii.* Intentio enim donantis eſſe videtur, ut baptizati memoriam habeant ſuorum patrinorum, adeóque ut res donata iis acquiratur: interim tamen non invidebit patrinus, ſi pater durante patria poteſtate uſumfructum habeat, ſicut in aliis bonis filii aliunde acquiſitis, in quibus patri regulariter uſusfructus competit, cùm iſtæ donationes ab hac regula nullibi legantur exceptæ. De donatione ſimplici, ſeu meræ liberalitatis intuitu à patre filio facta pariter

Dubitatur, ad quale peculium ſit reducenda? vivo patre vix ad aliud peculium, quàm profectitium ſpectare poteſt, cùm donatio inter patrem, & filium non ſubſiſtat *l. 11. C. de donat.* junct. *l. 25. C. de donat. int. vir. & ux.* Patre mortuo, cùm ejusmodi donatio confirmetur, non

incongruè ad peculium adventitium revocabis: cùm tamen hæc reſolutio dependeat ab illa quæſtione, utrùm donatio ſimplex ſit collationi obnoxia, remittimus eam ad Pandectas.

3 Peculium militare eſt vel caſtrenſe, vel quaſi caſtrenſe. ILLUD eſt, quod filiusfamilias nanciſcitur intuitu militiæ ſagatæ, ſeu armatæ, adeóque verè talis. Huc pertinet, quidquid filiusfamilias in palatio Principis acquirit *l. un. C. de caſtr. omn. palat. pecul.* & omnia ea, quæ occaſione militiæ IMMEDIATE ad filium proveniunt *l. 11. ff. de caſtr. pecul.* Idcirco non tantùm ſpolia hoſtibus erepta, ſed etiam *hæreditates eorum, qui non aliàs noti eſſe potuerunt, niſi per militiæ occaſionem, etiamſi res immobiles in his erunt*, ùt diſſerit Imp. Alex. *in l. 1. C. de caſtr. pecul. milit.* Hinc minùs accurratè ſcribit *Hopp. h. ad §. 1.* dum generaliter docet, bona immobilia non ſpectare ad peculium caſtrenſe. Unde miror, non fuiſſe à Treibero ejusdem rigoroſo Catone notatum. Huc inſuper ſpectant hæreditates conſanguineorum, imò & fratrum, ſi commilitones fuerint, cùm per militiam chariores invicem evaſiſſe credendum ſit *l. 19. pr. ff. de Caſtrenſ. pecul. l. 4. C. eod.* Item res à parentibus, Propinquis, ſeu Amicis filiofamilias in militiam eunti donatæ, ſi mobiles fuerint *d. l. 1. C. eod.* & hactenus benè *Hopp. ubi ſuprà.* ISTUD, quod filiofamilias obvenit occaſione militiæ togatæ, muneris, putà, publici; aut artium liberalium intuitu quæſita *§. 1. Inſt. de milit. teſtam. l. fin. C. de inoffic. teſtam.* Huc venit quidquid filiusfamilias tanquam cauſarum patronus, vel Magiſter artium liberalium adeptus eſt *d. l. ult. C. de inoffic. teſt.* Item res à Sereniſſimo Principe, vel piiſſima Auguſta donatæ *l. 7. C. de bon. quæ lib.* quia non præſumuntur donare, niſi Arte, vel Marte de Republica benè meritis: Nec non poſt ſuſceptos ordines ſacros quæſitæ *nov. 123. c. 19.*

4 Diviſiones peculiorum percurrimus hactenus. Scire cupis, quid quisque juris tum pater, tum filius in his obtineat? In peculio *profectitio* jus filii tenue admodùm eſt, ac modicum; cùm nuda facultate adminiſtrandi circumſcribatur, ita, ut filius, quidquid occaſione hujus peculii acquirit, tam quoad uſumfructum, quàm quoad proprietatem patri etiam ignoranti acquirat *§. 1. h. l. 1. §. 5. l. 4. ff. de A. v. A. P.* poteſtque pater pro libitu adimere *arg. l. 4. & 8. ff. de pecul.* ſi tamen non ademerit, ſequitur, filium emancipatum *l. 31. §. 2. ff. de donat.* Neque etiam ſub publicatione bonorum paternorum comprehenditur *l. 3. §. 4. in fin. ff. de min.* In peculio *Adventitio* pater præter adminiſtrationem, quæ eidem competit *l. 1. C. de bon. matern. l. 6. §. 2. C. de bon. quæ lib.* habet regulariter uſumfructum *l. 4. & ult. §. 5. C. eod.* Dixi: *regulariter:* ſunt enim quidam caſus, ubi in peculio Adventitio patri nihil competit, ſed tam proprietas, quàm uſusfructus ad filium ſpectat, & exinde eſt orta vulga-

Digitized by Google

garis diviſio peculii adventitii *Ordinarii*, ſeu *Regularis*, & *Extraordinarii*, ſeu *Irregularis*. Fit autem peculium Irregulare I. ſi filiofamilias ea lege, & conditione aliquid relictum, vel donatum ſit, ut ad patrem nihil perveniat *nov. 177. c. 1. in pr.* cùm quilibet poſſit bonis ſuis legem dicere. II. ſi filiusfamilias res ſibi quocunque titulô delatas invito patre acquiſiverit *l. 8. pr. C. d. t.* III. ſi pater unà cum filio alteri filio ab inteſtato ſuccedat: hic enim pater quoad portionem filio advenientem uſumfructum vindicare non poteſt *nov. 118. c. 2.* IV. ſi pater ſponte renunciet uſufructui *l. 6. §. 2. verſ. ſin autem C. d. t.* V. ſi pater illegitimum divortium inſtituit, amittit bona ſua, quæ pro triente monaſterio, cui includitur, pro beſſe liberis pleno jure cedunt. *nov. 134. c. 11.* ubi vulgatus interpres habet hæc verba: *quoniam pater rerum filii in poteſtate poſiti non habet uſumfructum.* Quæ neque ſenſum habent idoneum, neque in græco exſtant, neque ab Haloandro agnoſcuntur, teſtante *Hub. ff. de pecul. n. 2.* VI. Notabilis caſus habetur in *l. 50. ff. ad S. C. Trebell.* ubi, ſi pater in bonis filio per fideicommiſſum reſtituendis (multò magìs in adventitiis) fraudulenter ſe gerat, omne jus ſuum perdit, niſi quòd egenti ſint præſtanda alimenta (a). In his igitur caſibus, ſeu in hoc peculio extraordinario pater nihil habet, ſed tum uſusfructus, tum dominium unà cum libera adminiſtratione (ſi adſit perfecta ætas) ad filium ſpectant. *nov. 117. c. 1. §. 1.* In peculio caſtrenſi (vel quaſi) pariter nullum jus patri competit: ſed tam proprietas, quàm uſusfructus ad filium pertinet, ita, ut poſſit de illo liberè diſponere *d. l. 6. in fin. C. de bon. quæ lib. l. 2. 4. 5. & 6. de caſtr. pec.* & ſimul habeatur pro patrefamilias *l. 2 ff. ad S. C. Maced.*

Simplicior erat per ſervos acquiſitio; nam cùm unum duntaxat eorum fuerit peculium, quidquid illi ex quacunque cauſa obtinebant, confeſtim dominis acquirebatur; quia proprietas in illis ne momentô quidem ſubſiſtere poterat: Intererat tamen inter cauſas dominii particulares, & hæreditatem: nam ex illis, puta ſtipulationibus, donationibus, emptionibus, dominis vi, ac poteſtate juris etiam ignaris, imò invitis acquirebatur *§. 3. h. l. 32. ff. de A. R. D.* in aditione hæreditatis verò, cùm excederet peculii adminiſtrationem, majoríſque ſit præjudicii, placuit eam non niſi juſſu domini procedere *d. §. 3. h. l. 10. §. 1. ff. de A. R. D.* Dicta de dominio etiam ad poſſeſſionem applicanda ſunt, cùm civilis poſſeſſio tam parùm, quàm dominium in ſervo potuerit conſiſtere *d. §. 3. in fin. h.* Et quamvis dicatur poſſeſſio facti eſſe *l. 1. §. 3. & 4. ff. de A. vel A. P.* & ea, quæ facti ſunt, à ſervis non transferri in dominos *§. 2.*

(a) Et alius *in l. 52. pr. ff. de A. &. O. H.* ſi nempe filiusfamilias ſit inſtitutus, & pater, qui adire hæreditatem aliàs poſſet, ſit furioſus, poteſt ipſe filius, ac ſi eſſet paterfamilias, adire, conſequenter hæreditatem ſibi acquirere.

Digitized by Google

Inſt. de ſervor. ſtipul. hoc tantùm verum eſt de poſſeſſione, quatenus naturali apprehenſione acquiritur; quoniam tamen multùm ex jure mutuare dicitur in *l. 49. in fin. pr. & §. 1. ff. d. t.* poſſeſſio dominis etiam invitis, ſi ex cauſa peculii ortum trahat, acquiritur. Dictum fuit, *ſi ex cauſa peculii ortum trahat:* ſiquidem poſſeſſio extra peculii rationem obtenta domino non quæritur *l. 1. §. 5.* (ubi idem de filiofamilias) *l. 44. §. 1. ff. eod.* Rationem vide in *l. 3. pr. & §. 12. ff. d. t.* & apud *Vinn. ad d. §. 3. b. circa fin.* (a) Unde ſequitur, nec dominium, quoties per traditionem, & mediante poſſeſſione transfertur, extra cauſam peculiarem ignorantibus acquiri.

Acquirimus etiam per Procuratorem *§. 5. b.* ſive ſcientes, ſive ignorantes *l. 49. §. fin. ff. de A. vel A. P.* Excipitur I. uſucapiendi conditio: ubi requiritur ſcientia Principalis *d. l. & §.* II. ſi Procurator non mihi, ſed ſibi acquirere intendat, & hoc expreſſerit *l. 1. §. 19. ff. eod.* ſola enim intentio non ſufficit, & ita conciliabis *d. l. 1. §. 20. ff. de A. vel A. P.* cum *l. 13. ff. de donat. Hub. b. n. ult.*

TITULUS X.

De Teſtamentis ordinandis.

OMiſsis reliquis duobûs modis acquirendi particularibûs, videlicet legatis, & fideicommiſsis, ſeu potiùs ad locum opportuniorem remiſsis, tranſit Imperator ad modos acquirendi per univerſitatem. Species verò acquirendi per univerſitatem jure antiquo plures fuêre, de quibus videatur *§. ult. ſuprà per quas perſon.* & ibi *Vinn.* Omnes, unâ exceptâ, noſtris temporibûs ignorantur: Eſtque HÆREDITAS prout etiam comprehendit BONORUM POSSESSIONEM, quæ ab illa in effectu non differt *l. 119. & 138. ff. de V. S. arg. l. 2. ff. de bon. poſſ.* Eſt autem hæreditas *ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus habuit. l. 14. ff. de V. S. l. 62. ff. de R. J.* Dicitur *ſucceſſio* non objectiva, ſed formalis, id eſt, facultas ſucceſſione acquiſita, ſeu univerſum jus continens omnia, quæ in- & ex bonis, & quorum non modô proprietas, ſed & emolumentum, uſus, aut periculum ad defunctum ſpectabant

(a) Eſt hæc, quia poſſeſſio nonniſi animo & corpore acquiritur, & licèt corpore etiam alieno, animo tamen non alio, quàm proprio *d. l. 3. §. 12. ff. de A. & A. P. l. 53 ff de A. R. D.* Jam quoad peculium adeſt voluntas, ſeu conſenſus ſaltem generalis, hoc ipſo, quòd dominus ſervo peculium permittat: in aliis autem rebus extra peculium planè deficit animus, ſeu voluntas, cùm non exſtet fundamentum; hinc opus eſt ſciencia. *d. l. 44. §. 1. ff. de A. & A. P.* vid. inſuper *Harprecht. ad tit. §. 3. b. n. 15. & ſeqq.*

Digitized by Google

bant *l. 18. in fin. & ll. ſeqq. ff. de pet. hær.* Quemadmodum autem in acquiſitione particulari *ad tit. de rer. diviſ. part. 2. in princ.* cauſas à Modis ſeparavimus, ſic etiam hæreditatis acquirendæ videntur aliæ eſſe cauſæ, & alii modi, *Cauſæ*, ſeu *Tituli*, ſunt, per quos defertur hæreditas defuncti: súntque duo: TESTAMENTUM, & LEX. Unde etiam duplex ſucceſſio ex *Teſtamento*, & ab *Inteſtato*: cùm autem diſpoſitio hominis, ſeu teſtamentaria faciat ceſſare diſpoſitionem legis ita, ut, quamdiu illa ſperatur, huic locus non detur *l. 39. ff. de A vel A. H.* Ratio methodi poſtulat, ut priùs de illa, adeóque de teſtamentis ordinandis agatur. Jam

Teſtamentum (quòd derivatione juridica appoſitè à teſtatione mentis, quatenus teſtator mentem ſuam in eo declarat, derivatur *princ. Inſt. h.* & egregiè *Hub. ibid. n. 3.*) ſumitur vel pro ſcriptura, vel pro eo, quod in teſtamento continetur, vel pro ipſa ultima voluntate: quo ſenſu definitur à Modeſtino *in l. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* quòd ſit ***voluntatis noſtræ juſta ſententia de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit.*** Dicitur notanter: ***voluntatis noſtræ.*** Cùm non poſſit pendere directè ab alterius arbitrio *l. 32. pr. ff. de hæred. Inſt.* hinc non valebit teſtamentum, ſi dicas: ***Titius hæres eſto, ſi Cajus voluerit.*** Aliud dicendum, ſi tantùm indirectè penderet ex alieno arbitrio v. g. *ſi Cajus arbitratus fuerit* ***l. 68. ff. d. t.*** & ita etiam intelligi poteſt *cap. 13. de teſtam.* Ratio hujus eſt, quia hôc modô non abſolutè ab ejus voluntate dependet, ſed debet arbitrari, ùt bonus vir: vel ſi *Cajus capitolium aſcenderit*: nam & hic non præcisè dependet inſtitutio ab illius voluntate: dummodo enim capitolium aſcenderit, ſive velit, ſive nolit conditionem implere, tamen hæres erit hæres. Neque turbat, quòd idem ſit; *ſi voluerit, & ſi capitolium aſcenderit* ***l. 1. in fin. pr. ff. de leg. 2.*** conſequenter, ſi prius non valet, neque valebit poſterius: Nam ſenſus eſt, quòd idem ſit, ſi quis dicat: ***ſi capitolium aſcenderit, vel ſi voluerit*** (ſubintellige) *aſcendere*: cave tamen, ne *Tò noſtræ* ita intelligas, ac ſi duo poſſint in eodem teſtamento teſtari; ſed ita cape *pro cujuſque noſtrûm.* Dicitur *juſta ſententia*, id eſt legibus teſtamentariis, quæ præcipiunt directam hæredis inſtitutionem, & faciunt teſtamentum differre à codicillo, conformis *l. 4. ff. qui teſtam fac. poſſ.* veluti illi dicuntur juſtas nuptias contrahere, ***qui ſecundùm præcepta legum coëunt pr. Inſt. de nupt.*** conformitas autem non conſiſtit præcisè in hæredis inſtitutione, ſed etiam in debitis ſolennitatibus. Poſſunt definitioni Modeſtini, ſi placet, addi particulæ: ***continens directam hæredis inſtitutionem***, & ita ſecurior erit à criſi conſueta. 1

Dividitur teſtamentum aliter de jure veteri: aliter de jure novo. 2
Jure veteri (nec enim licèt antiquitatum, ex qua juris novi rationes ſæpè

Digitized by Google

deſumptæ ſunt, penitùs ignorare) quatuor exſtant pro diverſis temporibus obſervationes. Prima & vetuſtiſſima, in duplici erat differentia; nam aliter *Domi*, aliter *Militiæ* priſci Romani teſtabantur. Domi, & in pace calatis comitiis, id eſt coram univerſo populo in comitia coacto voluntatem ſuam adhibita ſolenni rogatione ad populum, de qua *Heinec. Antiq. Rom. h. n. 2.* (a) declarabant. *Militiæ*, ſeu in *Procinctu* teſtabantur milites in acie ſtantes, ſagáque cincti, ſuámque voluntatem coram tribus, vel quatuor teſtibus manifeſtabant. His duobus modis in deſuetudinem pedetentim abeuntibus, præſertim cùm primus ob defectum comitiorum nimis eſſet difficilis, ac rarus, imò, fœminis ad comitia nunquam admiſsis, impoſſibilis; alter verò tantùm militibus proprius, ſucceſſit teſtamentum per æs, & libram, quod duobus conſtabat: *ſolenni Mancipatione familiæ*, id eſt hæreditatis, quâ per imaginariam venditionem, adhibitis quinque teſtibus civibus Romanis, libripende, ac familiæ emptore hæres, vel potiùs alius illius nomine uno ære res teſtatoris emere fingebatur (b) Et *Nuncupatione teſtamenti*, quâ teſtator in tabulis privatim, ac ſecretò ſcriptis declarabat, quid poſt mortem ſuam fieri vellit: ſiquidem illa venditio erat tantùm imaginaria, & actus quaſi ſcenicus: Fiebat autem nuncupatio hôc modó: Teſtator tabulas teſtamentarias manu tenens ita coram teſtibus loquebatur: *Hæc, uti his tabulis cæteriſque* (c) *ſcripta ſunt, ita do, ita lego, ita teſtor, ita vos Quirites teſtimonium perhibitote.* Ita Ulpianus in *frag. cit. 20. §. 2. & 9.* Eſto autem hic modus diutiùs duraverit, ùt teſtatur Imperator *in §. 1. h.* ſucceſſu temporis tamen exolere cœpit, dum Prætor, mitigato hujus juris rigore, ſublatáque imaginaria illa venditione, Edictum propoſuit, ſe bonorum poſſeſſionem daturum, modò teſtamentum ſeptem teſtium ſig-

(a) Erat hæc: VELITIS JUBEATIS QUIRITES, UT LUCIUS TITIUS L. VALERIO TAM JURE, LEGEQUE HÆRES SIBI SIET, TANQUAM SI EJUS FILIUSFAMILIAS, PROXIMUSQUe AGNATUS ESSET; ITA, UTI DIXI, ITA VOS QUIRITES ROGO. Exiſtimabant quippe Romani, leges, quæ ab inteſtato proximos agnatos vocabant, non poſſe niſi alià lege ſubverti. *arg. l. fin. ff. de ſuis & leg. hæred. arg. l. 38. ff. de pact.* Hinc tradunt, deficientibus hæredibus ab inteſtato, hac formula non fuiſſe opus. Addat. *Bynkersh Obſ. Lib. 2. c. 2.* cujus diſcurſum tamen ex integro non probamus.

(b) Formula emptionis hæc erat: EGO HANC REM (ſeu hæreditatem) EX JURE QUIRITUM MEAM ESSE AJO (initio quippe ipſe hæres, qui præſens erat, emere fingebatur, quod poſtea immutatum, ne hæreditatem capere, quam expectare mallet) EMPTAM MIHI HOC ÆRE, ÆNEAQUE LIBRA.

(c) Cùm tunc temporis deficeret papyrus, ſcribebantur teſtamenta in ceris, quæ ligneis tabulis erant infuſæ. Exinde eruitur mentio ceratorum codicillorum *in l. 52. pr. ff. de leg. 3.* ibi: CERATIS CODICILLIS. Item lignearum tabularum *in l. 1. ff. de bon. poſſ. ſec. tabb.*

Digitized by Google

ſignîs munitum (quæ ſigna jure civili non requirebantur) oſtenderetur. Verùm quoniam hæc obſervatio videbatur nimis diſſoluta, ac facilis, cœpit in unam conſonantiam jus civile, & prætorium jungi, ſoltque ſtatutum I. ut fieret uno actu, quod jus civile exigebat. II. ut teſtes ſe ſubſcriberent, quod ex Conſtitutionibus inventum eſt, & III. ut teſtes ſeptem ſignacula imponerent, quod cavit Prætor *vid. §. 3. h. Vinn.* & alii paſſim *ad §. 1. 2. & 3. eod.*

Jure novo dividitur teſtamentum in ſolenne, & minùs ſolenne. Illud eſt, quod conſtat omnibûs ſolennitatibûs à *jure* præſcriptîs. Hoc, ubi vel omnes, vel ſaltem aliquæ ſolennitates remiſſæ ſunt, ùt infrà de *teſtam. milit.* videbimus. 3

Dividitur ulteriùs in Scriptum, & Nuncupativum. *Scriptum*, quod in ſcripturam redactum, & à teſtibus ſubſcriptum, ac ſubſignatum eſt. *Nuncupativum*, quando teſtator coram teſtibus hæredem palàm nuncupat, ut ſciant, quisnam ſit hæres inſtitutus *§. ult. h. l. 21. pr. ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. 22. §. 2. C. h. t.* Differunt ſcriptum, & nuncupativum, quòd in illo poſſit teſtibus hæres occultari; in nuncupativo verò debeant teſtes vel verbis, vel ſignô verbis æquivalentî, ùt ſi teſtator (non tamen mutus) digitô hæredem monſtraret, neceſſariò ſcire, quis ſit hæres: unde licèt etiam in ſcripto poſſit teſtibus hæres manifeſtari, vel etiam nuncupativum in ſcripturam redigi, utrumque eſt per accidens, nec illud de eſſentia ſcripti, neque hoc de ſubſtantia Nuncupativi. Ex quibus ſatis evincitur, non valere teſtamentum nuncupativum cum ordine ad ſchedam, ſeu codicillos, cùm teſtes non ſciant determinatè, quis ſit hæres. Paritas, quòd ſcriptum valeat cum ordine ad codicillos, qui ſunt pars teſtamenti *l. 77. ff. de hær. Inſtit.* eſt hic inepta, cùm in ſcripto non debeant teſtes ſcire hæredem. Obtinet plerumque teſtamentum nuncupativum, ſi morbi vis repentina (hæc enim probabiliter fuit origo) celeriorem expeditionem exigat, ùt probant verba Suetonii de Horatio ſcribentis: *Hærede Auguſto palàm nuncupato, cùm urgente vi valetudinis non ſufficeret ad obſignandas teſtamenti tabulas.*

Cauſa efficiens teſtamenti remota (de proxima, qui eſt teſtator, infrà) eſt jus; ſed quale? Reſpondemus cum *Magnif. P. Schmier Jurisp. Can. Civ. Lib. 3. tr. 3. p. 1. c. 1. n. 22. & aliis ibid. citt.* contra *D. D. Franz h. t. n. 6.* Teſtamentum habere vim transferendi jus à defuncto ad hæredem jure naturali, & abſtrahendô ab omni lege poſitiva: non quidem, ac ſi jus naturæ præciperet, ut quis teſtamentum condat, ſed ſuppoſitô, quòd quis de bonis ſuis diſpoſuerit, vult, ut ille, cui bona relicta ſunt, habeat jus præ omnibus aliis illa occupandi, ſibique appropriandi. Siquidem *nihil magìs conveniens eſt naturali æquitati, quàm voluntatem* 4

de-

Digitized by Google

domini volentis rem ſuam in alium transferre ratam haberi; uti effatur Imperator in *§. 40. Inſt. de R. D.* His optimè conſonant verba Conſtantini in *l. 1. C. de SS. EE. Nihil* (inquit) *eſt, quod magis hominibus debeatur, quàm ut ſupremæ voluntatis, poſtquam jam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtylus, & licitum, quod iterum non redit arbitrium.* Accedit convincens ratio, quòd utique poſſim rem meam non modò purè, ſed & ſub conditione, ac revocabiliter, atque ſimul retenta interim poſſeſſione, ac pleniſſimo fruendi jure alienare. *Grotius de jur. Bell. & Pac. lib. 2. c. 6. §. ult.* Id ipſum fit in teſtamento: alienatur in mortis eventum: reſervatur jus revocandi, ac fruendi, & ita diſponitur de re propria, dum adhuc eſt propria, eſto, executio differatur ad tempus mortis. Imò ſine ullo abſurdo dici poteſt, manere defunctum adhuc dominum, ſaltem virtualiter, & per diſpoſitionem in vivis factam, quâ bona illius manent affecta, donec ab hærede fuerint occupata: ſi enim manet naturaliter debitor per contractum in vivis poſitum, ita, ut creditores poſſint ſibi de jure ſuo proſpicere, cur non & naturaliter, ſeu virtualiter dominus per diſpoſitionem ultimam, quam reliquit. Faciunt inſuper huc illæ ipſæ rationes, quibus *præf. Clariſſ. D. D. Franz* conatur probare teſtamenti factionem eſſe meram creaturam juris civilis.

Dictis non obſtat, quòd jus poſitivum plures ad teſtandum inhabilitaverit: Nam multa, quæ in theſi juris ſunt naturalis, in hypotheſi, ſeu pro certis caſibus ſubſtant diſpoſitioni juris poſitivi, ùt patet in materia contractuum, in diſpoſitionibus minorennium, pupillorum &c. hinc etiam eſt, quod leges ultimis voluntatibus plures ſolennitates præſcripſerint, quibûs omiſsis voluntas teſtatoris evaneſcit. Addi poſſunt ea, quæ habet *Vinn. ad pr. Inſt. h. n. 3.*

De ſubjecto (quod eſt hæres) & objecto (quod eſt hæreditas) agetur infra ſuìs locis.

5 Forma teſtamenti alia eſt intrinſeca: alia extrinſeca. Intrinſeca, ſeu communis omnibus omninò teſtamentis eſt hæredis inſtitutio, quæ tribûs verbis v. g. *Titius hæres eſto.* conſtare poteſt *l. 1. §. 3. ff. de hær. inſt.* & ſine qua nullum teſtamentum, utcunque privilegiatum, ſicut nullus homo ſine anima, ſubſiſtere valet. *Teſtamenta enim vim ex inſtitutione hæredis accipiunt, & ob id veluti caput, atque fundamentum intelligitur totius teſtamenti hæredis inſtitutio §. 34. de legat.* Idem habetur in *l. 10. ff. de codic.* ſimilia habentur in *l. 3. ff. de his, quæ in teſt. delent.* ibi: *Non poteſt ullum teſtamentum valere, quod hæredem non habet.* Quibus accedit Julianus apud Paulum *in l. ult. ff. de codic.* ibi: *Julianus ait, tabulas teſtamenti non intelligi, quibus hæres ſcriptus non eſt.*

For-

Forma extrinſeca conſiſtit in debitis ſolennitatibus, quæ reſpiciunt 6
vel ipſum actum teſtandi, vel adhibitionem teſtium. Actus teſtandi, ſeu ſolemnis ordinatio teſtamenti, quæ incipit, dum teſtator teſtibus proponit, *in hac charta contineri ſuam ultimam voluntatem* (non compoſitio) *arg. l.21. §. ſed licèt C.h.t.* debet eſſe continua, ſaltem moraliter, ita, ut non poſſit intervenire alius actus extraneus ad factionem teſtamenti omninò impertinens, quales habentur ii, qui dependent à voluntate duorum, vel plurium, cùm teſtamentum in nuda teſtatoris declaratione, ac voluntate conſiſtat. Ita colligitur ex *§. 3. Inſt. l. 21. pr. l. 28. pr. C.h.t. l. 21. §. fin. qui teſtam. fac. poſſ.* Hinc vitiabitur teſtamenti ſolemnis ordinatio, ſi contractus intervenerit, puta, quòd teſtator, dum teſtes ſe ſubſcribunt, ac ſubſignant, domum venderet, locaret &c. Aliter dicendum de iis negotiis, quæ à ſola teſtatoris declaratione dependent, ac in ipſo teſtamento ſcripta, ſeu inſerta ſunt, ùt ſi in teſtamento contractum cum alio celebratum profiteatur *l. 37. §. 5. ff. de leg.3.* ſi res communes dividat *l.32. ff. fam. erciſc.* libertum aſſignet *l. 1. §.3. de aſſign. libert.* pignus (idem de ſervitutibus, uſufructu, ùt ſuô locô dictum) conſtituat *l. 26. ff. de pignor. act.* filiam nuptiis deſtinet *l.36. ff. de R. N. junctâ l. 2. ff. de ſponſ.* Idem dicendum, ſi quis in teſtamento declaret, ſe donare fundum Titio v.g. & Titius poſtea acceptet *Hub. h. num. 9.* ſimilì modô neque ſuperflua nocent, ùt ſi teſtator dicat: *Arma, virúmque cano.* Dein *Titius hæres eſto. arg. l.65. ff. de V. O.* Cave tamen, ne pro re plana vendites, valere donationem mortis causâ, caſu quo inter ſolemnia teſtamenti accedat acceptatio. Certè id negat *Viglius apud Hub. d. l.* ſéque nusquam hoc in legibus ſcriptum inveniſſe profitetur. Sine hæſitatione admittit *D. D. Franz h. n. 66. object. 4.* (a)

Teſtes quod attinet, ſpectatur vel qualitas, vel quantitas. Ad qualitatem reducitur *Habilitas*, ſpecialis *Rogatus*, & *Præſentia.* Teſtes habiles in teſtamento ſunt illi, cum quibus eſt teſtamenti factio *§. 6. h.* Sed an activa (vì cujus quis poteſt facere teſtamentum) an paſſiva (vì cujus poteſt quis eſſe hæres, ſeu ex teſtamento capere?) Utrumque fallit, ùt conſideranti patebit: cum iis dicitur hìc eſſe teſtamenti factio, coram qui- 7

(a) Sanè hoc non ſufficienter probatur vel *ex l. 11. ff. de inoff. teſtam.* quia non dicitur, donationem fuiſſe factam inter actum teſtandi, ſed potiùs colligi poteſt, præceſſiſſe & poſteà fuiſſe teſtamento inſertam: Vel etiam *ex l. 25. ff. de donat. mort. cauſ.* Quia ibi non plus dicitur; quàm quòd tam is, qui facit, quàm, qui non facit teſtamentum, poſſit donare *mort. cauſ.* id eſt antea factam donationem teſtamento inſerere. Quidquid tamen ſit, & quamvis dependeat à voluntate non ſolius teſtatoris, ſed etiam donatarii, nihilominus probabiliùs defenditur, valere propter ſummam, quam habet, cum teſtamento & legatis affinitatem *l. fin. C. de don. m. c.*

quibus poſſunt teſtamenta fieri, ſeu cum quibus olim erat jus Comitiorum. Magis ad rem dices, omnes poſſe eſſe teſtes, qui non prohibentur *arg. l. 1. §. 1. ff. de teſtib.* ſpectata tamen habilitate, ſive vera, ſive putativa, tempore teſtamenti conditi *§. 7. h. l. 22. §. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Prohibentur autem I. ob ſexum *Mulieres:* ob defectum judicii *Impuberes:* ob carentiam ſtatûs *Servi*, quò etiam referri poſſunt *Peregrini:* ob vitium animi *Furioſi*, *mente Capti:* ob vitium corporis *Muti*, *Surdi*, aut *Cæci;* quia non poſſunt vel eloqui, vel audire, vel videre, quod agitur. II. Ob improbos mores *Prodigi*, & omnes ii, qui ob delictum in aliis cauſis arcentur à dicendo teſtimonio *§. 6. h.* quales ſunt *Adulteri l. 14. ff. de teſtib.* damnati *Repetundarum arg. l. 15.* (a) ob *carmen famoſum l. 20. pr. ff. d. t.* *Perjuri l. 16. ff. eod.* *Apoſtatæ l. 3. C. de apoſtat.* *Hæretici* non tolerati *auth. credentes C. de hæret.* III. Ob conjunctionem cum teſtatore, vel hærede; nimirum qui ſunt ſub poteſtate teſtatoris, vel hæredis *§. 9. & 10. h.* quia habentur pro una eadémque perſona. Idem dicendum de patre hæredis, quem habet ſub ſua poteſtate, vel etiam de ejusdem (hæredis) fratribus, qui omnes ſunt ſub ejusdem patris poteſtate ob datam rationem, quòd habeantur pro una eadem perſona, conſequenter ſicut ipſe hæres non poteſt eſſe teſtis in teſtamento, in quo hæres ſcriptus eſt; quia totum negotium inter teſtatorem, & hæredem agitur *d. §. 10. h.* ita etiam illi, qui ſunt ſub illius poteſtate, vel ſub cujus ille eſt poteſtate, teſtes eſſe non poſſunt. Aliud dicendum de patre, ejúsque filiis ſub ejusdem patris poteſtate exiſtentibus circa teſtamentum tertii adhibitis *§. 8. h.* quia hic reſpectu tertii ceſſat ratio unitatis. Sed

Utrùm pater poſſit eſſe teſtis in teſtamento filiifamilias teſtantis de peculio caſtrenſi, vel quaſi, nondum in comperto eſt. Negatur, ſi poſt dimiſſionem à militia filiusfamilias condat teſtamentum *in §. 9. h.* ibi: *ſed ſi filiusfamilias de caſtrenſi* (idem de quaſi) *peculio* NB. *poſt miſſionem faciat teſtamentum* (adeóque jure communi) *nec pater ejus rectè adhibetur teſtis &c.* ſignô utique evidenti, quòd, ſi filiusfamilias ante miſſionem, adeóque jure militari teſtamentum condiderit, pater non ſit arcendus, cùm aliunde in tali teſtamento teſtes non ſint de neceſſitate, ſed tantùm quoad melius eſſe. Et de hoc caſu intelligunt *l. 20. §. 2. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* aliàs priori textui è diametro contrariam.

Quid

(a) Jungatur *§. 6. h. & l. 26. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Obſtat equidem è diametro *l. 20. §. 5. d. t.* Verùm, eſſe omiſſam particulam NON, patet ex ſubnexa ratione: *Quoniam in judicio teſtis eſſe VETATUR;* atqui teſtis in teſtamento utique & in judicio eſſe debet.

Digitized by Google

Quid dicendum de aliis conſanguineis teſtatoris, vel hæredis, quibus non obeſt vinculum patriæ poteſtatis v. g. de fratribus teſtatoris, vel etiam de fratribus emancipatis, aliisque conſanguineis ipſius hæredis? Neque illi, neque iſti uspiam inveniuntur expreſsè prohibiti: & quidem de illis ex eo minùs videtur dubium, quia conſanguinei teſtatoris nullum ſperant ex tali teſtimonio commodum, non enim agitur de re ſibi, multò minùs teſtatori, qui jam defunctus eſt, acquirenda, & aliunde teſtatores ſupremum ſuum judicium coram iis declarare ſolent, quos amiciſſimos, & arctiſſimos reputant. Verùm de conſanguineis hæredis magis videtur dubitandum, cùm agatur de illius commodo, conſequenter majus ſubſit periculum, & aliunde dicatur reprobatum domeſticum teſtimonium in *d. §. 9. h.* Quoniam tamen in *d. §. 10. h.* tantùm excluduntur, qui ſunt ſub patria poteſtate, ſeu illi, quorum reſpectu adeſt vinculum unitatis, ac inſuper non tam probationis, quàm ſolennitatis causâ adhibentur, ita quidem, ut, quamvìs ſubeſſet aliqua inhabilitas, ſuppleri videatur per numerum, absque abſurdo defendi poterit, contra *Hopp. ad d. §. 10. h. t.* & alios paſſim, cæteros conſanguineos hæredis non eſſe repellendos: & licèt aliàs in judicialibus conſanguineus, ſi agatur de commodo alterius conſanguinei, ſuſpectus ſit; hic tamen adeſt ratio diſparitatis jam aſſignata; quia magis ſolennitatis, quàm probationis causâ convocantur; quibus accedit, quòd illorum fides ſit à teſtatore approbata, hæredíque nihil poſſit imputari, quòd proprii conſanguinei fuerint convocati: per domeſticum teſtimonium impræſentiarum tantùm intelligitur illud, quod eſt tale reſpectu patriæ poteſtatis, ùt poſt alios docent *Hub. h. n. 15. Vinn. ad §. 9. num. 4.* Interim tamen non ſuaderem, ut teſtator meros hæredis conſanguineos adhibeat, ſi facilè etiam alii haberi poſſint. Cæterùm, eſto, ipſe hæres non poſſit eſſe teſtis, teſtimonium tamen non denegat Imperator Legatariis, & Fideicommiſſariis (intellige particularibus: nam Fideicommiſſarii univerſales pro hæredibus habentur *§. 3. & 4. de fideicom. hæred.*) *in §. 11. h. t.* quia non ſunt juris univerſi ſucceſſores, neque negotium inter illos, ſed inter hæredem, & teſtatorem principaliter agitur *dict. §. 10. eod.* Neque refragatur, quòd teſtis aliàs arceatur, etſi tantùm indirectè commodum ſentiat *arg. l. 10. ff. & C. de teſtib.* non enim hic deſunt rationes ſpecialis diverſitatis, tum quia aliàs difficile foret teſtes invenire, quia nemo, qui aliquid ex teſtamento ſperat, vellet agere teſtem, cùm tamen ex dictis ſoleant adhiberi amiciſſimi; tum quia, quando agitur de cauſa legati, res eſt inter hæredem, & legatarios; hæres autem non poteſt teſtes, quos in ſui favorem pro valore teſtamenti approbat, in cauſa legati reprobare. Facit etiam, quòd quilibet legatarius

rius habeat pro cauſa ſui legati alios ſex teſtes, qui pro legato relicto deponunt *vid. Vinn. ad d. §. 11.* quæ rationes pariter procedunt in teſtamento nuncupativo. Hæc de habilitate.

8 Debent inſuper I. Teſtes eſſe ſpecialiter rogati, id eſt, convocati, vel aliàs præſentes nullatenus inviti detineri *l. 20. §. fin. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* ſed à teſtatore, vel ab alio in ejus præſentia moneri, ut teſtimonium ſupremæ voluntatis perhibere velint *l. 21. §. pen. ff. qui teſtam. fac. poſſ. R. J. de Ann. 1512. tit.* von Teſtament *§. 3.* Præterea II. videre ipſum teſtatorem *l. 9. C. h. t.* Non tamen, ut illius idioma intelligant, neceſſum eſt *l. 20. §. pen. ff. qui teſt. fac. poſſ.* poteſt enim per interpretem referri, quid agatur. *Vid. Hub. ejúsque Scholiaſtes h. n. 13. circa fin.* (a) Item ſi ſit teſtamentum ſcriptum, opus eſt III. ut teſtator, niſi illud ipſemet ſcripſerit, & hoc expreſſerit, ſubſcribat, vel ſi ſcribere neſciat, alius ejus nomine tanquam octavus teſtis ſubſcribat ponendô proprium (non teſtatoris) nomen, ac addendô, ſe nomine teſtatoris ſubſcribere *l. 28. §. un. Cod. h. t.* Debet ulterius IV. teſtator nomen hæredis, vel in ſubſcriptione, vel alia teſtamenti parte exprimere, aut ſi ſcribere non potuerit, illum palàm teſtibus nuncupare *§. 4. h. l. 29. C. eod.* quod requiſitum tamen meritò remiſſum eſt in *Nov. 119. cap. 9.* quia hôc modô tolleretur finis teſtamenti ſcripti, qui eſt, ut poſſit teſtibus hæres occultari. Sufficit igitur, ſi nomen ſit inſcriptum ab eo, qui teſtamentum ſcripſit *Hub. h. num. 12.* Denique V. indiſpenſabile eſt, ut teſtes propria manu teſtamentum ſubſcribant, & ſubſignent *l. 22. §. 4. l. 30. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* in quarum poſteriori ita Paulus: *ſingulos teſtes, qui in teſtamento adhibentur propriô chirographô adnotare convenit, quis, & cujus teſtamentum ſignaverint.* Hinc errant illi (inter quos eſt Treiber *ad §. 3. h. t.*) qui docent, poſſe alium teſtem nomine illius, qui ſcribere neſcit, ſubſcribere: eſt enim quid ſpeciale in teſtamento ruſticorum, quòd

(a) Intellige in teſtamento ſcripto; nam in nuncupativo teſtes debent ex ore ipſius teſtatoris immediatè ſcire, quis ſit hæres. Sunt (ſed vix unus vel alter) qui contendunt, etiam in ſcripto opus eſſe, ut teſtis ſaltem aliquod idioma teſtatoris intelligat, eſto non debeat intelligere idioma, quo teſtamentum ſcriptum eſt; hinc non fuiſſe opus, ut teſtis calluerit linguam latinam, quâ olim teſtamenta plerumque ſcribebantur. *arg. l. 21. in f. C. de teſtam. Ord.* Et ita capiendum, ajunt *d. l. 20. §. 5.* Sed vix eſt, ut hæc ſententia, ſalvo textu, ſubſiſtere poſſit. Nam textus expreſſè ſtatuit, ſufficere, ſi vel ſenſu (adeóque non per idioma ſeu linguam) percipiat quis, cui rei ſeu negotio ſit adhibitus: Accedit, quòd non potuerit eſſe quæſtio de idiomate ipſius teſtamenti, cùm non ſit opus, ut illius contenta intelligat. Conſonant ea, quæ habet Paulus *3. Sent. 4. §. 13.* ibi: *Ex his, qui ad teſtamentum adhibentur, ſi qui ſint, qui latinè neſciant, vel non intelligant, ſed tantùm ſentiant* (utique ſi ſaltem aliquod idioma teſtatoris intelligerent, non ſentirent modo, ſed intelligerent) *cui rei ſint adhibiti, non vitiant teſtamentum.*

Digitized by Google

quòd unus pro alio ſcribere ignorante poſſit ſubſcribere *l. ult. Cod. h. t.* unde ſubintrat decantatum illud, quòd exceptio firmet regulam in caſibus non exceptis. Dixi: *ſubſcribant, & ſubſignent*, ſi quis eorum alterutrum tantùm fecerit: perinde eſt, ac ſi non fuiſſet adhibitus *d. l. 22. §. 4.* Illud non intereſt, num propriô, vel alienô ſigillô ſignaverit *§. 5. h. t. d. l. 22. §. 2.* omnium maximè ait *Hub. d. t.* ſuperſtitioſum fuit requiſitum, ut annulô *tantùm* ſignare liceret, quod legitur in ſæpè *d. l. 22. §. 5.* inde fortè fluit, quòd ſi unus, vel alter teſtium non annulum, ſed fortaſſis aliud ſignum quadratum habuerit, alienô annulô potuerit uti. Quidquid de hoc ſit ex *R. J. l. ſuprà cit. §. 7.* colligitur, ſufficere qualecunque ſignum idoneum. Ibi: mit ihren gewöhnlichen Siglen bezeichnet werde. Id, quod etiam in praxi receptum eſſe, teſtantur omnes.

Quod attinet teſtium quantitatem, requiri ſeptem, deciſum eſt in *§. 3. h. l. 21. & 28. §. 1. C. eod. cit. R. J. ibid. §. 2.* Ratio ex jure veteri petenda: ſiquidem olim in teſtamentis per æs, & libram conditis 7. perſonæ interveniebant: ſcilicet quinque teſtes (qui totum populum à Servio in 5. Claſſes diviſum repræſentarent) libripendens, & familiæ emptor; qui numerus ſeptenarius, ſublatîs imaginariis his venditionibûs, permanſit. Hæ ſunt ſolennitates juris civilis. 9

De Jure Canonico, quod obſervatur in terris Pontificiis, & in terris Imperii, probabiliùs quoad Clericos tanquam perſonas S. Pontifici immediatè ſubjectas, ſufficit præſentia Parochi, & duorum teſtium, & quidem, quod verius videtur, tantùm probationis, non ſolennitatis causâ; quia *cap. 10. h. t.* ſe fundat in Jure Divino; ſed Jure Divino teſtes non de forma eſſentiali, ſed tantùm probationis gratiâ requiri patet ex verbis; *quoniam in ore duorum, vel trium ſtat omne verbum.* Quòd in textu fiat mentio Parochi, mirum non videbitur cogitanti *cap.* illud conceptum eſſe de teſtamentis moribundorum, ibi: *in extrema fecerint voluntate.* ubi Parochus ordinariè ſolet eſſe præſens. *Vid. omninò P. Engel h. t. n. 14.* Quòdſi contendas, hanc conſtitutionem etiam generaliter obtinere in terris imperii, cùm ſit materia peccaminoſa, utpote à Jure Divino aliena, ùt innuit *cit. c. 10.* falleris: exigere enim plures teſtes non *contra*, ſed *præter* Jus Divinum dici debet; quatenus Jus Divinum non præcipit, ſed tantùm permittit, donec aliter ſtatuatur, ut in ore duorum, vel trium ſtet omne verbum, aliàs admittere cogeris contra Jus Divinum ſtatui, ut ad accuſandum Cardinalem, Epiſcopum non ſufficiant, niſi 72. teſtes *vid. cap. 2. & 3. c. 2. q. 4.* Quid quòd ipſa præſentia Parochi contra Jus Divinum exigeretur? Si fulmen excommunicationis, de quo ibi fit mentio, timeas, nimis es vel ſcrupuloſus, vel 10

Digitized by Google

meticuloſus, cùm non comprehendat niſi perſonas S. Pontifici immediatè ſubjectas hoc ipſo, quòd verſetur circa materiam adiaphoram, ubi ſupremus Antiſtes nec voluit, nec potuit corrigere leges civiles.

11 Effectus teſtamenti videbitur pleniùs infrà ſuô locô. Hic ſolummodo videndum imprimis, utrùm teſtamentum debitis ſolennitatibûs deſtitutum ſaltem non valeat in foro interno, ſeu animæ? Non valere in foro externo certum eſt vel ex ſola *l. 21. §. 1. C. h. t.* ibi: *Ex imperfecto autem teſtamento voluntatem tenere defuncti, niſi inter ſolos liberos à parentibus utriusque ſexûs habeatur, NON VOLUMUS: ſi verò in hujuscemodi voluntate liberis alia ſit extranea mixta perſona, certum eſt, eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam perſonam PRO NULLA haberi, ſed liberis accreſcere.* Tenenda igitur erit regula, quòd lex juſta in foro externo ſit etiam regulariter juſta in interno.

Nec facit ad rem, quòd ſoluta ex tali teſtamento non poſſint repeti *l. 2. C. de fideicom.* hoc autem dici non poſſet, ſi neque valeret in foro interno *arg. l. 10. ff. de O. & A.* Nam non valor teſtamenti, ſed ſolutio ab hærede ſponte facta, quâ voluntatem defuncti ſpontè agnovit, conditionem indebiti impedit: cujus enim per errorem dati repetitio eſt, ejus conſultò dati donatio eſt *l. 53. ff. de R. J.*

Levius eſt, quod opponunt, valere fideicommiſſum etiam ſolennitatibus deſtitutum *§. fin. Inſt. & l. ult. C. de fideicomm.* Siquidem fideicommiſſum in caſibus ibidem præſcriptis etiam valet in foro externo, quod de teſtamento nemo dixerit, conſequenter paritas nimiùm, & exinde nihil probat. Illud non inviti damus, poſſe hæredem in ejusmodi teſtamento inſtitutum practicè ſe reſolvere, & ex hoc principio, quòd ſententia contraria ſit ſatis probabilis, utpote authoritate graviſſimorum Doctorum ſuffulta, tamdiu, quamdiu ab hæredibus ab inteſtato non repetitur, hæreditatem retinere. *Vid. P. Reiffenſt. h. t. à n. 118.*

Ulteriùs, quid, ſi teſtator intenderit facere teſtamentum ſcriptum, & morte præventus non potuerit illud perficere, num valeat ſaltem in vim nuncupativi? Ratio dubitandi eſt quia quod voluit, non potuit, quod potuit non voluit. Reſpondetur nihilominus, ſuppoſitâ hæredis nuncupatione, valere; Equidem primaria intentio teſtatoris fuit decedere teſtatus, & teſtamentum ſcriptum majoris ſecuritatis, ac ſolennitatis gratiâ tantùm prætuliſſe cenſendus eſt; cùm idem prorſus ſit effectus teſtamenti ſcripti, & nuncupativi; neque præſumitur elegiſſe genus teſtandi ad impugnanda ſua judicia; veluti de milite, qui elegerat teſtandi genus ſolemne, ſed antea defecit, diſſerit Ulpianus in *l. 3. ff. de teſtam. milit.* ſtatuítque, ut ſaltem valeat in vim teſtamenti militaris: unde ſuo pondere ruit ratio dubitandi, quod ſcilicet non voluerit facere teſtamentum nuncupativum.

Di-

Google

Dices: qui voluit facere teſtamentum, non hoc ipſo cenſetur velle facere codicillum, niſi clauſulam codicillarem apponat *l. 1. ff. de codicill. l. ult. §. 1. C. eod.* ergo neque, qui vult facere teſtamentum ſcriptum, ſtatim præſumitur voluiſſe facere teſtamentum nuncupativum, niſi hoc exprimat. Verùm tam lata eſt inter unum, & alterum caſum diſparitas, quàm diſpar eſt inter teſtamentum, & codicillum conditio, & econtra minor, & imò nulla, inter teſtamentum ſcriptum, & nuncupativum in effectu differentia: In teſtamento ſive ſcripto, ſive nuncupativo decedit teſtator adæquatè teſtatus, & tota hæreditas manet in utroque teſtamento penes hæredem teſtamentarium; in codicillis verò dividitur inter hæredes ab inteſtato, quibus debetur quarta Trebellianica & hæredem in teſtamento per modum codicilli ſubſiſtente: diviſionem autem hæreditatis, veluti litibus non raró obnoxiam, velle non præſumitur teſtator, niſi per clauſulam codicillarem hoc exprimat: hanc Sententiam nobiſcum poſt alios tenet *DD. Gletle Digeſt. p. 5. q. 6. n. 4.*

TITULUS XI.

De Militari Teſtamento.

§. I.

Satisfit Rubricæ.

Supra dicta diligens obſervatio militibus jure militari teſtantibus Conſtitutionibus Principalibus remiſſa eſt, ùt ferè habetur in *princ. Inſt. h.* Rationem, cur Principes militibus ſolennitates relaxare voluerint, ponit Juſtinianus in nimia eorum imperitia: ſed ſi eſt (quod vix credimus) certè non eſt præcipua: hac quippe ſtante etiam in ædibus, ac extra expeditionem hoc privilegium obtinerent; quoniam ibi nihilô peritiores ſunt. Deinde quis antiquitatis peritus, Romanam militiam ex civibus Nobilioribus, non ex fæce plebis ſelectam, juris ignorantiæ arguere præſumet? Ratio igitur potior fuit tum, ut magis ad militiam allicerentur, tum quia in expeditionibus vix erat poſſibile præſcriptas ſolennitates obſervare. 1

Eſt autem teſtamentum Militare *ultima voluntas à milite in expeditione conſtituto jure militari condita.* Dicitur *ultima voluntas*, non qualiscunque, ſed ſeria, & animô condendi teſtamentum manifeſtata: nam

Digitized by Google

nam ſi quis miles fortuito ſermone jactaverit, ſe aliquem facere, aut facturum hæredem, id pro teſtamento minimè obſervandum eſſe Trajanus ſancivit *§. 1. h.* ad arguendam haud dubiè avaritiam Anteceſſoris ſui Domitiani, qui hæreditates defunctorum captare ſolebat, dummodo per unicum etiam teſtem probari potuerit, militem aliquando dixiſſe, hæredem ſe facere Imperatorem, narrante Suetonio in ejus vita *c. 12. vid. l. 24. ff. h. t.* Dicitur: *à Milite*, intellige propriè, & actuali, qui in numerum militum conſcriptus, ac relatus Sacramentum militare de non deſerendis ſignis præſtitit *l. 42. ff. h. t. Hopp. h. ad princ.* Excluduntur itaque *Milites Circumforanei* die Frey-Reuter, Herren-loſe Knecht, de quibus videri poteſt *Ord. Imp. de Pac. publ. de An. 1521. §.* von denen Einſpännigern-Knechten. Nec non *Veterani*, ſeu *honeſtè* (multò magis ignominioſè *l. 26. pr. & §. un. ff. h. t.*) *dimiſſi*, (a) & Sacramentô militari ſoluti *§. 3. h.* Item Milites togati, ùt *Clerici*, *Advocati*. Verùm his ſtantibûs quid dicemus de Concionatoribus, Conſiliariis, Medicis, Secretariis, Auditoribus, Chirurgis, & Mercatoribus bellicis, qui milites non ſunt, & tamen ſubſunt ferè iiſdam periculis? Ex benigna interpretatione etiam his, & omnibus aliis, qui in hoſtico reperiuntur, ſolennitates remiſſæ ſunt, ſi ibi decedant. Ita referente Ulpiano in *l. fin. ff. h. t.* quæ ſic ſe habet. *Reſcripta Principum oſtendunt omnes omninò, qui ejus ſunt gradus, ut jure militari teſtari non poſſint, ſi in hoſtico deprehendantur, & illic decedant, quomodo velint, & quomodo poſſint teſtari, ſive Præſes ſit Provinciæ, ſive quis alius, qui jure militari teſtari non poteſt.* Nota particulas: *ſi in hoſtico deprehendantur*, *& illic decedant*: nam ſi extra hoſticum, etſi in caſtris (non enim ſemper caſtra in hoſtili ſolo fixa ſunt) teſtetur non miles, vel ſi periculum hoſtile evaſerit, jure communi teſtari debet: neque etiam teſtamentum privilegiatum in hoſtico à non milite conditum ultra periculum ſuſtinetur *arg. l. 20. & d. l. fin. ff. h. t. Voët. ibid. num. 10.* Imò ejusmodi teſtamenta vix aliter, quàm in ordine ad ſolennitates erunt privilegiata, cùm tamen militibus multa alia ſpecialia, ùt mox apparebit, indulta ſint. Dictum fuit ulteriùs:

In

(a) Erant quippe duplicis generis; alii EXAUCTORATI, alii DIMISSI. *Illi* ſolvebantur Sacramento militari, omnibúsque laboribus communibus, puta, vigiliis, excubiis, excepta in hoſtem pugna; hinc non procinus dimittebantur; ſed ſeorſim in exercitu ſub uno aliquo vexillo degebant & agebant: Iſti dimittebantur plenè, ut in Colonias irent, agróſque aſſignatos colerent, ibique bellicis laboribus prorſus quieſcerent. Priores privilegia non amittebant; benè verò poſteriores; quibus etiam annumerandi ſunt dimiſſi dimiſſione cauſaria, v. g. ob adverſam valetudinem. Vid. *d. l. 26. pr. & §. 1. ff. h.*

In expeditione conſtituto : (a) Ratio enim privilegii fuerunt potiſſimùm belli pericula, quibus milites expeditione durante ſunt expoſiti : Idcirco huc non ſpectant milites *Limitanei*, aut illi, qui in *præſidiis*, vel *hybernis* degunt, niſi ſint loca hoſtilibus invaſionibus obnoxia *D. D. Franz p. m. h. n. 5. Hopp. l. cit.* Dictum fuit denique : *jure militari condita.* Poteſt etenim miles vel jure communi, vel, ſuppoſitis his requiſitis, jure militari, ſeu privilegiato teſtamentum condere, de quo videri poteſt *l. 3. ff. h. t.*

Privilegia autem militum (b) à jure communi planè exorbitant, dum per omnes cauſas ab eo recedunt : Miles enim eſt privilegiatus I. in CAUSA EFFICIENTE, quòd etiam Mutus, & Surdus (puta ex accidenti) miles poſſit condere teſtamentum *§. 2. Inſt. l. 4. ff. h. t.* quod in pagano jure digeſtorum ſine licentia Principis non procedebat *l. 7. ff. qui teſtam. fac. poſſ. Schamb. ad d. §. 2.* (c) II. in SUBJECTO, quòd poſſit etiam inſtituere hæredes aliàs incapaces v. g. deportatos, & ferè omnes, qui teſtamenti factionem (paſſivam) non habent, niſi lex ſpecialiter eos prohibuerit *l. 13. §. 2. ff. l. 5. Cod. h. t. l. 7. §. 1. ff. de leg. 3.* Inter prohibitos autem numerantur SERVI POENÆ *d. l. 13. §. 2.* HÆRETICI *l. ult. C. de hæretic.* FOCARIÆ, ſeu CONCUBINÆ Militum, aliæque mulieres, in quas turpis ſuſpicio cadere poteſt *l. 41. §. 1. ff. h. t.* ſufficit tamen, ſi mortis tempore impedimentum ceſſaverit, ùt ſi moriente milite deſierit eſſe ſervus pœnæ : in teſtamento quippe militis ſufficit capacitas, ut ab eo inſtitui potuerit tempore mortis *d. l. 13. §. 2.* III. In OBJECTO, quòd poſſit contra regulam de paganis in *l. 7. ff. de R. J.* decedere partim teſtatus, partim inteſtatus : cenſetur autem ita decedere, ſi hæredem inſtituat in re particulari v. g. Titium in fundo, Cajum in domo ; quo caſu hæres inſtitutus illam rem capit : reliqua bona verò cedunt hæredibus ab inteſtato *l. 6. l. 37. ff. h. t.* Ex quo privilegio fluit notabilis effectus, quòd in teſtamento militis ceſſet jus accreſcendi, adeóque pars deficiens obveniat hæredibus ab inteſtato, 2

(a) Jure ante-Juſtinianeo valebant teſtamenta militum privilegiatim, ſeu minus ſolenniter condita etiam extra expeditionem, uti colligitur ex Ulpiano *in Frag. tit. 23. §. 10.* quod poſtea à Juſtiniano coarctatum fuiſſe dicitur *in pr. Inſt. h. l. 17. C. d. t.* Hinc Tribonianiſmum ſit oportet, dum coarctati hujus privilegii jam mentio ſit in *l. 1. & 15. C. eod.*

(b) Quibus (ſi formam, ſeu ſolennitates excipias) gaudent, eſto non ſint in actuali expeditione, dummodo ſint adhuc milites à teſtamenti factione non excluſi.

(c) Poſtquam *in l. 10. C. qui teſt. fac. poſſ.* quæ eſt *tit. L. 4.* poſterior, generaliter fuit mutis & ſurdis ex accidenti conceſſa teſtamenti factio, nullum ampliùs fuit in militibus hoc in paſſu privilegium ; hinc *d. l. 4.* fruſtra in Pandectas inſertam, ait Vinn. *ad §. 2. h. n. ult.* Maneat tamen pro conſervanda hiſtoriæ notitia.

Digitized by Google

niſi contraria teſtatoris voluntas oſtendatur *d. l. 37. h. t. l. 42. §. 1. ff. de bon. libert.* E diametro quidem videtur obſtare *l. 1. C. h. t.* ubi in terminis deciditur, debere probari teſtatorem noluiſſe, ut pars deficiens ad fratrem inſtitutum veniat. Ibi: *& liquidò probetur, fratrem caſtrenſia bona ad te pertinere noluiſſe.* Reſpondet *Voët. h. t. n. 5.* textum loqui de caſu, quo hæredes ab inteſtato à fratre inſtituto conventi excipiendô facti ſunt actores, conſequenter debuiſſe ſuam exceptionem probare. Dicamus ſimpliciter onus probandi incumbere actori, qui plerúmque eſt hæres teſtamentarius: Ita intelligi poterit *d. l. 37. ff. h. t.* In *d. l. 1. C. eod.* Actores erant hæredes ab inteſtato, qui eo ipſo liquidò probant, teſtatorem noluiſſe caſtrenſia bona pertinere ad hæreditatem paganorum, ſi prolatô teſtamentô oſtendant, hæredem paganicum non eſſe ſubſtitutum hæredi caſtrenſium. Paulò aliter circa jus accreſcendi in milite diſcurrit *Thom. ad Hub. tit. de leg. ad Inſt. n. 27. in fin.* Secùs dicendum, ſi in parte hæreditaria v. g. filiam in duabus unciis inſtituat, uxorem in unica: hic interpretationem capit inſtitutio à jure communi, ita, ut tota hæreditas in tres uncias cenſeatur diviſa, atque hæredes inſtitutæ integram hæreditatem capiant *l. 3. C. eod.* IV. In FORMA, quòd ad ejus teſtamentum nulla prorſus requiratur ſolennitas, ſed ſufficiat, dummodò vel per propriam ſcripturam, vel per duos teſtes conſtet de illius voluntate, ita, ut quomodo velit, & quomodo poſſit, teſtari valeat. *pr. Inſt. l. 40. ff. l. 15. C. d. t.* ubi notari merentur verba *cit. l. 15.* ibi: *quomodo poſſint, & quomodo velint, teſtentur.* Paulò poſt: *Proinde ſicut juris rationibus licuit, ac ſemper licebit, ſi quid in vagina, aut clypeo literis ſanguine ſuo rutilantibus annotaverint* (milites) *aut in pulvere inſcripſerint gladiô ſuô ipſo tempore, quo in prælio vitæ ſortem derelinquunt, bujusmodi voluntatem ſtabilem eſſe oportet.* Jure noſtro Romano-Germanico procedit adhuc hæc diſpoſitio, ſi in conflictu (im dem Streit) teſtamenta condunt, ſi verò in caſtris, adhibendi ſunt duo teſtes *R. I. de Ann. 1512. tit.* von Teſtaments und ſollen. & ita à Facultate noſtra Juridica judicatum refert *Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. t. num. 8.* V. IN EFFECTU, quòd poſt miſſionem honeſtam, vel cauſariam ob valetudinem fortè &c. adhuc tale teſtamentum intra annum valeat *§. 3. h.* quod verum eſt, licèt teſtamentum fuerit conditionatum, & conditio poſt annum exſtiterit *d. §. 3.* Sed quid, ſi ante militiam teſtamentum non jure fecerit, poſtea militare cœperit; utrum hoc teſtamentum incipiat valere jure militari? Valebit jure militari, ſi facto aliquo v. g. aliquid addendô, detrahendô, aut immutandô, vel aliàs teſtator declaravit, velle ſe, ut illud teſtamentum jure militari ſubſiſtat *§. 3. h.* quòd ſi

tacuerit, aut nihil horum fecerit, hoc teſtamentum ad privilegia militum non ſpectabit *l. 20. §. 1. ff. h. t.*

Nec obſtat, quòd videatur ſufficere, *ſi militis voluntas contraria non ſit*, ùt Divus Pius referente Paulo in *l. 15. §. 2. ff. h.* reſcripſit: atqui ſi tacuit, non præſumitur voluntas contraria: Nam textus iſte explicandus, & ſupplendus eſt per *d. l. 20. §. 1.* ſi miles factô quôdam declaraverit, ſe non habere voluntatem contrariam. Item, quòd poſſit decedere cum duobus, aut pluribus teſtamentis, ut omnia ſimul directè valeant, *l. 19. & 35. ff. d. t.* dummodo hoc declaraverit. Unde conſectaneum eſt, per teſtamentum poſterius (ſuppoſitô, quòd & prius valere voluerit, quod in dubio præſumendum erit, ſi de diverſis rebus per diverſa teſtamenta diſponat *arg. l. 36. ff. eod.*) non rumpi prius *d. l. 19. ff. d. t.* Dixi: *ſi de diverſis rebus &c.* ſi enim in utroque teſtamento de omnibus bonis diſpoſuerit, militabit præſumptio, quòd voluerit per poſterius prius revocare *arg. d. l. 19. & 36. §. 1. ff. d. t. Voët. ibid. n. 6.* VI. Denique IN CONTRARIIS: quòd imprimis non rumpatur per agnationem ſui hæredis, ſi ejus mentis fuit, ut vellet, quiſquis ſibi naſcatur, exhæredem eſſe, ſive ſciverit, ſive ignoraverit uxorem eſſe prægnantem *l. 7. ff. h. t.* Debet tamen de hac mente conſtare, aliàs enim ſi ignoraverit, uxorem eſſe prægnantem, & poſthumum (idem proportionaliter, ſi natum, quem neſciebat *l. 9. C. h. t.*) præterierit, teſtamentum nativitate rumpitur *d. l. 36. §. 2. ff. eod.* Præterea, quòd non poſſit impugnari per querelam inofficioſi *l. 8. §. 4. l. 27. §. 2. ff. de inoff. teſt.* & demum, quòd non irritetur per capitis diminutionem, conſequenter, eſto (ob delictum militare) deportetur, vel aliàs arrogetur, aut emancipetur, teſtamentum in ſuo robore, quaſi ex nova militis voluntate perduret *§. 5. h. l. 6. §. 6. ff. de injuſt. rupt. irrit. teſtam.* Interrogas, cur dicatur, ex quaſi nova militis voluntate? Ideo, quia per minimam capitis diminutionem in quandam ſervitutem, ſaltem imaginariam, incidere videbatur *l. 3. §. 1. ff. de capit. minut.*

§. II.

De reliquis teſtamentis privilegiatis.

OCceſione præfixæ ſuperiùs Rubricæ ſubnectimus cætera teſtamenta privilegiata, ad quæ ſpectat

I. TESTAMENTUM PRINCIPI OBLATUM, quod eſt *ultima voluntas Principi annexis precibus eo fine oblata, ut ejus authoritate ſuſtineatur.* Sedes hujus privilegii eſt in *l. 19. C. de teſtam. ordin.* Dixi: 3

Principi, ſcilicet, qui gaudet jurisdictione territoriali. Cæterùm non intereſt, utrùm ſit proprius reſpectu ipſius offerentis, vel non; cùm ſit actus jurisdictionis voluntariæ ſimplicis, ubi non requiritur competentia reſpectu ipſarum perſonarum. Cùm tamen ſit actus jurisdictionis; neque rationes *cit. l. 19.* ad Auguſtam applicari poſſint, veremur eidem hanc prærogativam adſcribere: ſicut enim illa leges non condit, ita neque poteſt illas ſupplere. Et quamvis in *l. 31. ff. de ll.* dicatur gaudere iisdem cum Principe privilegiis, hoc tantùm intelligitur quoad propriam perſonam, non in ordine ad ſubditos. *Stryck. de caut. teſtam. cap. 7. §. 4.* Dixi: *oblata:* ſive ab ipſo teſtatore, ſive (quidquid alii contra ſentiant) ab alio ad hoc ſpecialiter conſtituto, id eſt à procuratore duobûs tamen teſtibûs, qui Principi de voluntate teſtatoris fidem faciant, ſtipato: ſiquidem præſentia teſtatoris coram Principe neque requiritur ex natura rei, neque ex diſpoſitione juris; non ex natura, quia, ùt ipſi Adverſarii fatentur, & docet communis praxis, poteſt ſuppleri præſentia Principis, qui mittere poteſt commiſſarium ad ægrotum, ut teſtamentum recipiat, & ad ſe, vel ad Acta deferat, cur non & præſentia teſtatoris? non ex diſpoſitione juris, quia textus non habetur, qui perſonalem præſentiam exigat, aut à vulgata regula: quod quisque per alium facit, per ſe ipſum feciſſe cenſetur, recedat. Imo hæc opinio roboratur egregiè per *d. l. 19. in fin.* ibi: *Nec inſtitutus hæres pertimeſcat, cùm oblatas preces ſecundùm voluntatem defuncti* (non utique intelligi poteſt ab ipſo defuncto: evaderet enim iſte ſenſus, oblatas preces à *defuncto ſecundùm voluntatem defuncti*) *idoneis teſtibus poſſit approbare.* Fundamentis contrariis opponimus unicam inſtantiam, quòd poſſit ſuppleri præſentia Principis, & exſpectamus genuinam diſparitatem. Nollem tamen in praxi, ſi aliter fieri poſſit, hanc oblationem per tertium faciendam ſuadere, & valorem teſtamenti litis eventui exponere. Dixi, *ut illius authoritate ſuſtineatur.* Præſentia enim Principis omnium teſtamentorum ſolennitatem ſuperare videtur *d. l. 19. in pr.* nullâ igitur aliâ opus eſt ſolennitate: dummodo legitimè probetur oblatio Principi facta. Spectat

II. TESTAMENTUM JUDICI OBLATUM, ſeu Actis Judicialibus inſertum, quod ſuam interpretationem omninò capit ex dictis de teſtamento Principi oblato, modò ſit Judex habens jurisdictionem ordinariam, licèt aliàs reſpectu offerentis incompetens ex data ſuperiùs ratione. *Stryck. loc. cit. §. 36.* (a) Porrò cùm tam Princeps, quàm Judex

præ-

(a) Quid ſi ſit incompetens tam reſpectu loci, quàm perſonæ, ùt ſi Civis ad ſe vocaret Magiſtratum Academicum; vel Profeſſor in ipſa Academia habitans Magiſtratum Civicum? Nihilominus teſtamentum valet, quia actus jurisdictionis voluntariæ nec

ad

Digitized by Google

præcisè teſtes, aliásque ſolennitates ſuppleant, teſtes autem non debeant ſcire hæredem inſtitutum, ita etiam non opus eſt, ut hæres in hoc teſtamento nuncupetur, ſed ſufficit, ſi Princeps vel Judex ſciat, quòd in hac Scriptura, quam ad acta deferri peto, contineatur mea ultima voluntas. *Laud. Stryck. d. l. §. 30.* Huc ſpectat

III. TESTAMENTUM AD CAUSAS PIAS, in quo hæres inſtituitur ex motivo ſupernaturali, puta in honorem DEI, cultum Sanctorum, Sublevationem pauperum, Redemptionem captivorum &c. cùm tamen quandoque dubium emergere poſſit, num motivum fuerit ſupernaturale, ſuadet ex Card. de Luca *Stryck. d. l. cap. 12. §. 10. & 12.* ut teſtator exprimat, ſe ex motivo pietatis v. g. auß Chriſt-mitleydigem Gemüth hoc, vel illud diſpoſuiſſe. Hic ſtatim

Difficultas offenditur, quis ad cauſas pias teſtari poſſit? Ajunt complures, inter quos eſt cum *P. Engel de teſtament. num. 4. Magnif. P. Schmier Jurisp. Canon. Civ. lib. 3. tr. 4. p. 1. cap. 3. n. 13.* omnes, qui de jure naturali de rebus ſuis diſponere poſſunt, adeóque etiam prodigos, deportatos, filiosfamilias de proprio peculio ad cauſas pias teſtari poſſe. Alii econtra, tantùm eos, qui aliàs de jure civili ad teſtandum ſunt habiles, admittunt. Ita *D. D. Gletle part. 5. ſelect. quæſt. 8. num. 5.* & alii ibid. *citt. Stryck. ubi ſuprà §. 2.* Nullibi enim legitur (ait prior Author) Jus Canonicum aliis tribuere poteſtatem teſtandi ad cauſas pias, quàm iis, qui jure noſtro civili teſtari poſſunt.

Si eidem opponas *cap. 11. de teſtam.* ubi S. Pontifex diſtrictè mandat, ut, ſi circa relicta ad cauſas pias quæſtio ad examen deducatur, illa non ſecundùm Leges, ſed ſecundùm Decretorum Statuta tractetur.

Reſpondebit, ibi tantùm eſſe ſermonem de ſolennitatibus, præſertim de numero teſtium, ut legenti textum patebit. Tranſmittet fortè (non tamen concedet, ex iis, quæ ibidem fuſiùs probat) in relictis ad cauſas pias Jus Canonicum eſſe attendendum, in quantum expreſsè receſſit à jure civili. Sed ubi habetur (quæret) in decretorum ſtatutis poſſe *prodigum* v. g. teſtari ad cauſas pias?

Si in favorem cauſarum piarum adducas *l. 1. C. de SS. EE.* ubi Conſtantinus libertatem teſtandi ad cauſas pias his verbis extendit. *Habeat unusquisque licentiam ſanctiſſimo Catholicorum, venerabilíque Concilio decedens bonorum, quod optaverit, relinquere, & ne ſint caſſa judicia ejus.* Reponet Gletle per ly *unusquisque* intelligi eos, quia aliàs de jure communi

ad locum, nec ad perſonas ſunt adſtricti *arg. L. 2. ff. de Off. Proconſ.* hinc falſum eſt, haberi talem Judicem præcisè pro privato. Laud. Author ibid. ubi ita pronunciatum refert. Videtur obſtare *L. 23. in f. C. d. t.* At longè alius eſt illius legis articulus; aliàs quippe nimium probaret.

muni teſtari poſſunt. Equidem apud Impp. infideles, & ante illam Conſtitutionem Eccleſiæ, aliæque cauſæ piæ hæreditatum erant incapaces, ùt optimè advertit Gothofredus *in not. ad d. l. 1.* Exiſtimat nihilominus *præf. Stryck d. l.* valere per modum donationis propter clauſulam ſubintellectam *omni meliori modo.* Acceptatio autem (ait ille) quæ in hac donatione requiritur, à lege ſuppletur. Solennitates quod attinet, nihil aliud opus eſt, quàm, ut conſtet de ſeria teſtatoris voluntate, ita, ut teſtes probabiliùs non de ſubſtantia, ſed tantùm probationis causâ requirantur: quod exinde eruitur, quia S. Pontifex in *cit. c. 11.* ſe fundat in Jure Divino, de Jure autem Divino teſtes non ſunt neceſſarii, niſi in defectum alterius probationis: unde, ſi certò conſtaret, fortaſſis per teſtamentum holographum, de voluntate teſtatoris, ſuſtinenda foret talis voluntas ad pias cauſas ſine teſtibus: *prælaud. Magnif. cit. loc. num. 52. Stryck ubi ſupra §. 6.* Quid ſi ſit immixta cauſa profana? ſi per modum hæreditatis immixta ſit, non valet, ſed accreſcit cauſæ piæ *arg. §. 5. de hæred. inſtitut. & l. 74. ff. eod.* ſi per modum legati, defendi poteſt, ſubſiſtere ob decantatam juris regulam, quòd ſubſiſtente principali ſubſiſtant etiam acceſſoria *arg. cap. 42. de R. J. in 6.* memor. *Gletle d. l. num. 23. & 26. Stryck. cit. c. 12. §. 8.*

Quæris, utrùm teſtamentum ad cauſas pias, de quo hactenus, etiam valeat in terris imperii? quamvis in puncto juris negativam veriorem judicet ſæpè *laud. Gletle, ubi ſuprà num. 54.* cùm in materia adiaphora quodlibet jus in ſuo foro ſervandum ſit; conſuetudo tamen, ùt optima legum interpres, militat jure merito pro cauſis piis, ùt probat ibid. *cit. Authbor. num. 58. & ſeq. Stryck. loc. alleg. §. 1.* Spectat huc

IV. TESTAMENTUM PARENTUM INTER LIBEROS, *quod eſt ultima voluntas, quâ parentes utriusque ſexûs liberos ſuos omiſſis ſolennitatibûs hæredes inſtituunt.* Fundatur hoc privilegium in *l. 21. §. 2. C. de teſtam. ord.* ibi: *Ex imperfecto autem teſtamento voluntatem tenere defuncti, NISI INTER SOLOS LIBEROS A PARENTIBUS UTRIUSQUE SEXUS HABEATUR, non volumus.* Item in *Nov. 107. cap. 1.* Ratio verò hujus privilegii ſita eſt partim in reverentia, quâ liberi erga parentes obſtringuntur, ita, ut videretur inverecundum, ſi liberi voluntatem parentum, etſi minùs ſolennem non agnoſcerent: partim in affectu parentum erga liberos, quatenus præſumuntur juxta illorum benemerita diſpoſuiſſe. Hinc meritò dictum fuit: *liberos ſuos*, & quidem *ſolos.* Relictum perſonæ extraneæ, ſive per modum hæreditatis, ſive legati non valet; niſi in priori caſu 7. in poſteriori verò 5. teſtes

ad

adfuerint *d. Nov. 107. cap. 1.* (a) Limitatur in *d. Nov. & cap.* niſi Parentes legata, & fideicommiſſa propria manu ſcripſerint, ac coram teſtibus (b) legerint, ſeu nuncupaverint. Dictum fuit: *omiſſis ſolennitatibus.* Sufficit itaque, ſi conſtet de ſeria voluntate teſtatoris, & tempus conditi teſtamenti juxta diſpoſitionem *cit. Nov.* adjectum ſit. *Voët. ff. qui teſtam. fac. poſſ. n. 17.* Cæterùm quamvis *ſæpè dicta Nov.* tantùm loquatur de teſtamento ſcripto, cùm tamen non ſit concepta taxativè, & aliàs eadem militet ratio reverentiæ, & affectûs, poterunt Parentes (quidquid de rigore contradici poſſet) etiam nuncupativè teſtari privilegiatim ita, ut ſi per modum teſtamenti præter omnem ſpem valere non poſ-

(a) Meliùs hîc quadrant *d. l. 21. §. 1. C. de teſtam. Ord. & l. fin. §. fin. C. de Codicill.* quæ in prima editione per errorem fuerunt omiſſæ. Illa reſtringit diſpoſitionem teſtamentariam privilegiatim factam ad ſolos liberos, vultque, ut extraneis relicta (intellige per modum inſtitutionis) accreſcant liberis: Iſta in omnibus actibus ultimæ voluntatis (excepto teſtamento) adeóque in legatis & fideicommiſſis quinque teſtibus indiſtinctè contenta eſt.

(b) Sed quot? Capies, ſi ingenuè, & ſine mentis præoccupatione perpenderis, pauciores, quàm aliàs opus eſſet, ſufficere, ut ſit locus exceptioni, quam (utique non ineptè) facit Imperator *in d. Nov. 107. cap. 1.* Sanè ſi quinque teſtes requiras, qui eſt numerus ordinarius ad legata & fideicommiſſa *l. f. in §. fin. C. de Codicill.* quid opus foret, ut teſtator prælegat teſtibus? ut propria manu ſcribat? Quia, reponis, relicta in teſtamento privilegiato parentum inter liberos perſonis extraneis accreſcerent aliàs ipſis liberis *l. 21. §. 1. C. de teſtam. Ord.* At hoc vix non erroneum credimus, cum ſi adſint quinque teſtes & nuncupatio, ſaltem habentur ſolennitates ad Codicillos nuncupativos, adeóque ad legata ſeu fideicommiſſa qualiacunque requiſitæ *cit. l. fin. §. fin. C. de Codicill.* quæ aliunde *d. l. 21.* longè eſt poſterior. An hîc parentes erunt deterioris conditionis? Cum igitur legata & fideicommiſſa coram quinque teſtibus nuncupata jam vi *cit. L. ult. §. ult.* ſubſiſtant; *In Nov. 107. cap. 1.* econtra exigatur, ut teſtator propria manu legata & fideicommiſſa ſcribat, ſignum evidentiſſimum eſt, voluiſſe Imperatorem quid ſpeciale ſtatuere adeóque ſufficere duos vel tres teſtes *arg. cap. 40. de R. J. in 6.* & *l. 12. ff. de teſtib.* Profectò tota vis hujus Scripturæ non in ſolennitatibus, ſeu numero legitimo teſtium, ſed in lingua & ſcriptura teſtatoris conſiſtit. *d. Nov. & cap.* ibi: *Quoniam omnia conſequenter in diſpoſitione poſita ipſi ET SCRIPSERUNT ET VOLUNT VALERE, SINT FIRMA* paulò pòſt: *Sed hoc ſolum immutatur, quòd ejus MANUS ET LINGUA habet omnem virtutem charta præbitam.* Omnis igitur ſolemnitas præter ſcripturam propriam, & nuncupationem coram teſtibus (quibuscunque, ut indubitatè conſtet tum de ſcriptura propria teſtatoris, tum de ſeria voluntate erga extraneos) remiſſa eſt in verbis: *Sed hoc ſolum* (præter teſtamentum inter liberos) *immutatur, quòd ejus manus & lingua habet omnem virtutem charta præbitam.* Non ignoramus, à multis teneri contrarium, ſed, ut nobis videtur, contra intentionem Imperatoris. Imo hanc ſententiam communem dicit ipſe Stryck (eſto aliàs contrarius) *de caut. teſtam. cap. 10. §. 24.* Cautelæ tamen cauſâ & nos ſuademus, ut parentes quinque teſtes adhibeant; Eſto de facti contingentia conſultu pro valore reſponſuri.

Digitized by Google

poſſit, ſaltem valere debeat per modum diviſionis paternæ ob textum notabilem in *l. 16. Cod. fam. erciſc.* Dictum fuit: *heredes inſtituunt.* Utrùm autem poſſint liberi in teſtamento privilegiato exhæredari, nullibi deciſum legitur. Nobis benignior videtur negativa, quia textus, qui parentibus hoc privilegium indulgent, tantùm loquuntur de inſtitutione, nullatenus verò de exhæredatione, pro qua neque (ſaltem adæquatè) pugnare videntur eædem rationes, quæ pro inſtitutione; vix enim negari poterit, hoc privilegium quodammodo etiam fundari in favore liberorum, quibus natura parentum hæreditates defert, quæ ratio certè in exhæredatione deficit. Porrò ſi hoc teſtamentum revocare velit teſtator, uti poteſt, ſuademus, ut in ſecundo teſtamento, ubi extraneos inſtituit, expreſſam mentionem faciat, uti colligitur ex *d. Novell. 107. cap. 2.* in verbis: *& hoc ipſum expreſſim ſignificantem:* habet enim teſtamentum hoc inter liberos, ùt volunt, clauſulam derogatoriam implicitè annexam. Vid. ſæpiùs mem. *Stryck. d. l. §. pen. & ult.* Spectat

V. TESTAMENTUM RUSTICORUM. Hoc, ſi in Pagis ſit conditum, in eo præprimis privilegiatum eſt, quòd ſufficiant quinque teſtes, ſi plures haberi non poſſint, & quòd, ſi quidam ex teſtibus litterarum ſint imperiti, poſſit unus pro alio ſubſcribere. *conſul. l. fin. C. de teſtam. ordin.* Fundatur hoc privilegium in difficultate inveniendi teſtes, qui in pagis ſæpè deficiunt. Hinc etiam eſt, quòd ſi Nobilis, qui notabili aliquo tempore in pagis degit, ejusmodi teſtamentum ruri condat, valere doceat poſt alios *cit. Stryck. d. l. cap. 13. §. 4.* Huc denique ſpectat

VI. TESTAMENTUM TEMPORE PESTIS CONDITUM: in hoc ſolummodo (jure communi ſpectato) privilegiatum, quòd teſtes non debeant eſſe ſimul præſentes: Cæterùm opus eſt omnibûs ſolennitatibûs, ùt videre eſt in *l. 8. C. d. t.* Semel tamen ritè conditum, ſemper durat, etſi ceſſet periculum; cùm nullibi ejus valor reſtrictus legatur, ita, ut non valeat paritas à teſtamento militis (quod longiùs à jure communi recedit) ad teſtamentum tempore peſtis conditum; ubi tantùm ſimultanea teſtium præſentia remiſſa eſt. Uſu fori tamen teſtante eodem *Stryck. cap. 11. §. 3.* in pleriſque locis receptum eſt, ut ſufficiant duo teſtes. Species teſtamentorum privilegiatorum deduces ex ſequenti verſu:

Princeps, Jus, Pietas, Rus, Mars, Reverentia, Peſtis.

TI-

Digitized by Google

TITULUS XII.

Quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum.

EXpoſitis teſtamentorum ſpeciebûs, fides, quam ſuprà *de teſtam. ordin. num. 4.* ſpopondimos, ſervanda, & ita procedendum ad CAUSAM EFFICIENTEM PROXIMAM, quæ eſt, qui teſtatur. Teſtari autem poteſt, qui non prohibetur. Prohibentur alii à natura: alii à jure poſitivo tum Canonico, tum Civili. A natura illi ſunt prohibiti, ſeu potiùs inhabiles; *qui rationis uſu planè ſunt deſtituti.* Quò ſpectant I. *Infantes* naturales tales. II. *Furioſi*, *mente Capti* (per hos intelligimus placidè delirantes) *§. 1. Inſtit. h. l. 9. C. qui teſtam. fac. poſſ.* Si tamen furioſus ante furorem, vel tempore lucidi intervalli teſtamentum condiderit, haud dubiè ſubſiſtit. Sed quid, ſi non conſtet, utrùm tempore lucidi intervalli, vel dominantis furoris teſtatus fuerit? Reſpondetur, in dubio non præſumendum furorem ceſſâſſe: latitat enim ſæpiùs furor ſub ſpecie inumbratæ quietis *l. 18. §. 1. ff. de A. vel A. P.* hinc ſemper militat præſumptio contra furioſum: Eliditur tamen hæc præſumptio, ſi diſpoſitio negotii omnibûs numeris, &, ac ſi ab alio ſanæ mentis eſſet condita, perfecta foret. Furioſis ſimiles ſunt III. *Ebrii* ebrietate perfecta: nam ebrietas brevis quidam furor eſt: furor duratura quædam ebrietas. Appoſitè Seneca *Epiſt. 83.* ibi: *nihil aliud eſſe ebrietatem, quàm voluntariam inſaniam. Extende in plures dies illum ebrium habitum: nunquid de furore dubitabis? nunc quoque non eſt minor, ſed brevior.* (a) IV. *Muti*, *Surdi*, & *Cæci* ſimul: vix enim poterunt manifeſtare ſuam voluntatem. 1

Jure poſitivo, & quidem civili, quod noſtri eſt inſtituti (de Canonico aliqua dicemus infrà) notandum ex *LL. 12. Tab.* omnibus patribusfamilias conceſſam fuiſſe facultatem teſtandi: *Paterfamilias uti legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto l. 120. ff. de V. S.* inde infertur, prohibitorium eſſe Edictum de faciendo teſtamento, ut rectè initiô dictum fuerit, omnes 2

(a) Quid ſi furioſus, vel ebrius teſtamentum in furore factum ceſſante furore, vel ebrietate ratificent? Non ſufficit, quod enim initio vitioſum eſt, tractu temporis convaleſcere non poteſt. *l. 29. & pen. ff. de R. J.* Nec obſtat *l. 48. ff. eod.* ubi negotium inutiliter geſtum perſeverantiâ confirmari dicitur; Nam ſolummodo verificatur de tali negotio, ſeu actu qui à ſolâ voluntate agentis, non item ſimul ab obſervantia ſolennitatum dependet; ibi quippe debet valere, dum adhibentur ſolennitates, vel illæ planè ſunt reaſſumendæ ſeu ceſſante impedimento repetendæ.

Digitized by Google

nes poſſe teſtamentum condere, qui non expreſsè prohibentur. Sunt autem alii prohibiti vel ob vitium corporis, vel ob improbos mores, vel ob defectum alium.

Ob VITIUM CORPORIS ſunt prohibiti *Muti*, & *ſurdi*, qui Jure Pandectarum teſtari non poterant ſine ſpeciali licentia Principis *l. 6. §. un. l. 7. ff. qui teſtam. fac. poſſ. h. t.* Jure Codicis, ſi ſit à natura talis, nullatenus poteſt, ſi ex accidenti, indiſtinctè poteſt teſtamentum con-
2 dere *l. 10. C. d. t.* per quam derogatum volunt *d. l. 6. §. un. ff. eod.* Mutus tantùm, vel ſurdus tantùm pariter indiſtinctè teſtari poteſt *d. l. 10. C. h. t.* (a) Quid de cæco dicendum? Forma teſtamenti à cæco obſervanda præſcribitur ſatis accuratè in *l. 8. C. h. t.* quò ſe refert *§. 4. h.* cavetúrque, ut adhibeat Tabularium, ſeu Notarium publicum, vel in ejus defectum octavum teſtem, qui ejus voluntatem ſcriptis excipiat, vel antea in ſcripturam redactam teſtibus palam prælegat, prælectam unacum teſtibus ſubſcribat, & ſubſignet, ita ſignatam ac perfectam Notario, vel uni ex teſtibus, cujus fidem elegerit, ad cuſtodiam conſignet: utì cavet Imperator in *d. l. 8. C. h. t.* videantur plura de teſtamentis corpore vitiatorum apud *Stryck. de Cautel. Teſt. cap. 4. per tot.* Unde apparet, teſtamentum cæci eſſe teſtamentum mixtum, ſcilicet tum ſcriptum, tum nuncupativum, quatenus utriusque ſolennitates præter Notarium, ſeu octavum teſtem requiruntur.

3 Ob IMPROBOS MORES. *Prodigi juridicè tales §. 2. l. 18. pr. ff. eod.* periculum enim ſubeſt, ne bonorum ſuorum furioſum faciant exitum *l. 12. §. fin. ff. de tut. & cur. dat.* Neque ſanatur vitium ex eo, quòd prodigalitas non appareat: ſi igitur ad ſaniora redactus teſtamentum facere intendat, curet, ut ſibi reſtituatur bonorum adminiſtratio, vel ſi ſit periculum in mora, petat à Principe teſtandi licentiam: utì monet *Stryck. de caut. teſtament. cap. 3. §. 28. & 29.* Subſiſtit tamen teſtamentum, quod ante prodigalitatem juridicè talem ordinavit *d. l. 18. in fin.*

Nec obſtat, quòd, ſi quis poſt teſtamentum conditum ſtatum mutet, v. g. deportetur, teſtamentum irritetur *l. 6. §. 5. & 6. ff. de injuſt. rupt. irrit.* quia prodigalitas tantùm eſt impedimentum extrinſecum, qua non dominium, ſed tantùm adminiſtratio bonorum adimitur: deportatio verò eſt impedimentum intrinſecum hoc ipſo, quòd ſtatum mutet, & privetur bonis. *Damnati* ob carmen famoſum *d. l. 18. §. un. Hæreti-*

(a) Sanè ſi uſpiam, certè hìc Imperator noſter de caſu planè rariſſimo & vix poſſibili (fortè impellente favore ultimarum voluntatum *arg. l. 1. C. de SS. EE.*) diſpoſuit. Qui enim ſurdus à natura talis, & quo idiomate, quod nullum audivit, teſtabitur? Teſtantur tamen contigiſſe ut loqueretur apud Gleſle *de teſtam. c. 4. §. 2. num. 4.* & Stryck. *de Jur. Senſ. diſp. 4. cap. 1. §. 22.*

Digitized by Google

retici non tolerati, eorúmque *Receptores*, ac *Defenſores l. 4. §. 5. Auth. credentes C. de hæret.* jungantur etiam Conſtitutiones Pontificiæ in *c. 10. & 13. §. credentes d. t. Qui ſe polluit inceſtis nuptiis Nov. 12. cap. 1.* cùm huic delicto ſit præfixa confiſcatio bonorum *auth. in eſtas C. de inceſt. & inut. nupt. Apoſtatæ l. 2. 3. & 4. C. de Apoſtat. Rei perduellionis*, ac *Repetundarum arg. l. 20. ff. de accuſ.*

Ob DEFECTUM ALIUM vel *ætatis*, *vel ſtatûs.* Ob defectum *Ætatis* prohibiti ſunt Impuberes, adeóque maſculi ante 14. fœminæ ante 12. annum *§. 1. h. t.* quia nullum (id eſt non ſatis firmum) eſt eorum animi judicium. Neque plus roboris obtinebit diſpoſitio, ſi acceſſerit authoritas tutoris; quia teſtamentum non poteſt dependere ab alterius voluntate *l. 32. ff. de hæred. inſtit.* ſufficit autem dies ultimus impubertatis inchoatus, qui in favorem teſtamenti jam habetur pro completo *l. 5. ff. h. t.* 4

Ob defectum *Statûs* prohibentur *Servi l. 16. & 19. ff. h.* quia communionem Juris Civilis non habent *l. 20. §. 7. ff. d. t. Deportati l. 8. §. 1. & 2. ff. eod.* cùm amittant jus civitatis *§. 2. Inſtit. de cap. diminut.* His æquiparantur hodie *Banniti.* Die in die Reichs-Acht erkläret ſeynd. Relegati, uti civitatem, ita & jus teſtandi retinent *d. l. 8. §. 3.* Olim teſtari non poterant *Peregrini*, qui ſcilicet non erant Cives Romani *arg. l. 1. pr. ff. ad L. Falc.* quod hodie immutatum eſt in *auth. omnes peregrini C. com. de ſucceſſ.* Poſſunt itaque facere teſtamentum, modò ſolennitates loci, ubi condunt, obſervent *l. 9. C. de teſtam. arg. l. 6. ff. de evict. Gail. 2. obſ. 123. num. 3. Obſides* durante obſidio, niſi licentiam à Principe impetraverint *l. 11. ff. h. t. Captivi*, qui ſervi capientis fiunt *§. ult. h. l. 8. pr. ff. eod.* ita, ut quamvis ex captivitate redeant, teſtamentum non convaleſcat: quia quod ab initio vitioſum eſt, gaudere non poteſt Jure poſtliminii. 5

Nihil obeſt, quòd valeant Codicilli in captivitate facti: Nam hoc verum eſt, ſi ante captivitatem conditum ſit teſtamentum, cujus viribus ſuſtineantur *l. 12. §. 5. de capt. & poſtl. rev. Vinn. ad d. §. ult. h. n. 1.* Quòd ſi ante captivitatem fecerint, & in captivitate moriantur, obtinebunt beneficium legis *Corneliæ*; ſi verò redierint, locum habebit *Jus poſtliminii.* Revideantur dicta *lib. 1. tit. 12. n. 5.* Videbitur tibi fortaſſis jus poſtliminii eſſe ſuperfluum, cùm media tempora inter teſtamentum conditum, & mortem non noceant *§. 4. de hær. qualit. & diff. l. 6. §. 2. ff. de hær. inſtit.* Verùm reſpondet *Vinn. l. cit.* hanc regulam tantùm procedere de hærede, non de teſtatore. Jure hodierno quæſtio hæc ſublata eſt; quia captivi (idem de obſidibus) liberi manent: hinc iis etiam libera manet teſtamenti factio. *Stryck. ubi ſuprà §. 45. Damnati*

nati ad operas publicas: cùm fiant ſervi pœnæ *l. 8. §. fin. ff. h. t.* Et quamvis ſervitus pœnæ ſit abrogata *in Nov. 22. cap. 8.* neque illorum bona ampliùs, uti olim, publicentur *Nov. 134. cap. 10.* quia tamen amittunt ex delicto jus civitatis, ac deportatis æquiparantur, jure faciendi teſtamenti privati manent. *laud. Stryk d. l. §. 52.* Idem dicendum exiſtimo de damnatis ad ultimum ſupplicium, qui etiamſi non fiant ſervi pœnæ, cùm tamen amittant jus civitatis *l. 29. ff. de pœn.* & hoc nullibi ſit immutatum, ſicut olim non poterant teſtamentum facere *d. l. 8. §. fin. ff. h. t.* ita nec jure noviori; ſiquidem *cit. Novell. 134. cap. ult.* circa teſtamenti factionem nihil immutavit, ſed hoc ſolummodo ſtatuit, ut illorum bona, quæ antea cedebant fiſco, pertineant ad ejus liberos, ac parentes usque ad tertium gradum. Nec ad rem facit, quòd peregrini, eſto, non gaudeant jure civitatis, tamen poſſint teſtamentum facere: Nam privilegium iis, qui favore digni ſunt, conceſſum, malè extenderetur ad illos, qui ob delictum jure civitatis privati ſunt: Num moribûs hodiernis teſtamenti factio iis indulgeatur, attendendum erit ad conſuetudinem cujuscunque loci, ubi capite damnantur. Item teſtari non poſſunt *de ſtatu ſuo Dubii*, ſi quis hæreat, num ſit liber (vel hodie) pater aut filiusfamilias: fortè quòd ignoret, num pater vivat *l. 14. & 15. ff. h. t. l. 1. ff. de leg. 3.* quia teſtamenta certô animi judiciô ſunt conficienda.

6 Ob defectum Status prohibentur inſuper *Filiifamilias* ſervata tamen diſtinctione peculiorum; ubi certa ab incertis ſecernenda. Imprimis certum eſt, non poſſe eos teſtamenta condere de peculio profectitio, vel adventitio ordinario; quamvis pater hoc permitteret. *princ. Inſtit. h. & l. 6. ff. eod.* Ratio peremptoria eſt; quia ad teſtamenti factionem opus eſt, ut teſtator vel ſit, vel habeatur pro patrefamilias; veluti innuunt verba *LL. 12. Tab.* quæ exhibente Gravina *de O. J. ad calc. lib. 2. Tab. V.* ita ſonant: PATERFAMILIAS *uti legâſſit ſuper pecuniæ, tutelæve ſuæ rei, ita jus eſto.* Certum eſt præterea, poſſe eos teſtamentum facere de peculio caſtrenſi, vel quaſi *d. pr. Inſt. h. l pen. & ult. C. eod.* cùm in hoc peculio habeantur pro patribusfamilias *l. 2. ff. ad S. C. Maced.*

Dubium itaque ſupereſt, utrùm poſſint teſtari de peculio adventitio extraordinario. Id quod cum communiſſima, & nobis indubitata ſententia negandum. Irrefragabile argumentum ſubminiſtrat. *l. pen. C. h. t.* Quod ita efformatur. Ante *l. ult. C. de bon. quæ lib.* non poterant filiifamilias facere teſtamentum, niſi de peculio caſtrenſi, vel quaſi, uti clarè deducitur ex *d. pr. Inſt. h.* ergo neque poſt illam legem, ex qua nimirum ortum traxit peculium extraordinarium: Conſequentia certa eva-

Digitized by Google

evadit ex *d. l. pen. C. h. t.* ubi Imperator, ſi uſpiam, haud dubiè hic mentem ſuam explicat, apertiſſiméque declarat, nolle ſe per *d. l. ult. C. de bon. quæ lib.* aliquid circa teſtamenti factionem immutare, uti igitur ante illam de alio peculio, quàm caſtrenſi, vel quaſi filiifamilias non potuerunt teſtamenta condere, ita etiam poſt illam legem. Verba *cit. l. pen.* ita habent. *Nemo ex lege, quam nuper promulgavimus (eſt d. l. ult. C. de bon. quæ lib.) in rebus, quæ parentibus acquiri non poſſunt* (en peculium extraordinarium) *exiſtimet, aliquid eſſe innovandum, aut permiſſum eſſe filiiſ imiliàs, cujuscunque gradûs, vel ſexûs teſtamenta facere, ſive SINE PATRIS CONSENSU* (quid clariùs pro peculio extraordinario?) *bona poſſideant ſecundùm noſtræ legis diſtinctionem, ſive cum eorum voluntate, NULLO etenim MODO hoc eis permittimus, ſed antiqua lex per omnia conſervetur, quæ filiisfamilias niſi in certis caſibus* (non aliis, quàm in peculio caſtrenſi, vel quaſi) *teſtamenta facere nullô modô concedit.* Talpæ ſint, neceſſe eſt, qui hic cæcutiunt! Ingens robur huic ſententiæ conciliatur, quòd Imperator in *d. pr. Inſt. h.* non obſtante, quòd ſciverit, ſe inveniſſe peculium extraordinarium, adeóque haud dubiè de hoc cogitaverit: imò ad ſacras Conſtitutiones, quæ peculium extraordinarium continent, expreſsè ſe referat, nihilominus in verbis finalibus *cit. princ.* tantùm mentionem faciat de caſtrenſi peculio, vel quaſi. Ibi: *Præter hos igitur, qui caſtrenſe peculium, vel quaſi habent, ſi quis alius filiusfamilias teſtamentum fecerit, inutile eſt, licèt ſuæ poteſtatis factus deceſſerit.*

Dictis non refragatur I. quòd in bonis extraordinariis detur filiisfamilias libera facultas diſponendi *in Nov. 117. cap. 1. §. 1.* ibi: *Licentiam habeant, quô volunt modô diſponere.* II. Quòd filiusfamilias in ordine ad fideicommiſſum ſibi planè quæſitum æquipare tur militi. *l. 50. ff. ad S. C Treb.* III. Quòd filiisfamilias tantùm in his bonis ſit prohibita teſtamenti factio, ubi parentes habent uſumfructum *d. l. ult. §. 5. poſt med. C. de bon. quæ lib.* ibi: *Filiis autem familias in his duntaxat caſibus, in quibus uſusfructus apud Parentes conſtitutus eſt, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus teſtari permittimus &c.* Siquidem *ad primum, in d. Nov.* apertè ſermo eſt de diſpoſitione inter vivos, cùm requiratur perfecta ætas: in verbis: *ſiquidem perfectæ ſunt ætatis.* Paullò pòſt: *ſi verò ætate minores ſint.* Benè ais, ſi de his bonis poſſunt diſponere inter vivos, cur non etiam facere teſtamentum; quoniam qui poteſt plus, poteſt etiam minus *l. 21. ff. de R. J.?* Ideò, quia ad factionem teſtamenti debet quis eſſe, vel ſaltem fingi paterfamilias: non item, ut poſſit diſponere inter vivos. Oſtende ex jure, quòd filiusfamilias

Digitized by Google

in hoc peculio fingatur paterfamilias, & data regula erit in ſalvo. (a) Minùs probat *ſecundum*, cùm illa æquiparatio non ſit ultra caſum legis, contra diſpoſitionem juris adeò luculentam extendenda. *Tertium* ex eo nihil probat, cùm ibi fieri deberet argumentatio à ſenſu diſtributivo negativè, ad ſenſum collectivum affirmativè, quod in nulla Philoſophia admitti poteſt: Textus enim in bonis, ubi uſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, negat filiisfamilias & *teſtamenti factionem*, & *alienationem*, & *hypothecæ*, ac *pignoris conſtitutionem*, quæ omnia haud dubiè vera ſunt, quia ſemper præjudicaret patri. At licebitne inferre: ergo ubi uſusfructus non eſt apud parentes conſtitutos, poteſt filiusfamilias omnia facere, nimirum & teſtamentum condere, & alienare, & oppignorare, & hypothecare? Certè non! cùm non in omnibus ſit eadem ratio; ad teſtamenti factionem quippe requiritur, ut ſit paterfamilias, non item ad alios actus.

7 Jure Canonico teſtari prohibentur præter hæreticos, de quibus ſuprà *num. 4.* Percuſſores, hoſtiles Perſecutores S. R. E. Cardinalium *cap. ult. in pr. de pœnis in 6.* Uſurarii manifeſti, donec ſubſtantiam fœnore corraſam reſtituerint, vel deſuper ſatis caverint. *cap. ult. de uſur.* Utrùm autem horum nomine veniant (ſaltem indirectè, quatenus leges Canonicæ Jure civili receptæ ſunt) Judæi, qui paſſim uſuras exercere ſolent *vid. D. Gletle de teſtam. part. 1. cap. 4. §. 3. n. 13.* Religioſi poſt emiſſam profeſſionem *cap. 7. cauſ. 19. q. 3. cap. 2. b.* cùm ampliùs nec velle, nec nolle habeant *cap. ult. de ſepult. in 6.* ſéque, & ſua in Monaſterium transtulerint *auth. ingreſſi C. de SS. EE.* Permittitur tamen Religioſo, qui, liberis in ſæculo relictis, profeſſionem emiſit, dividere ſubſtantiam ſuam inter liberos, aſſignata tamen Monaſterio portione filiali *c. 9. d. c. 19. q. 3.* quod deſumptum eſt *ex auth. ſi qua mulier C. de SS. EE.* & Jure Canonico tacitè receptum, ùt teſtatur *Magnif. P. Schmier Jurispr. Can. Civ. lib. 3. tr. 4. part. 1. cap. 1. num. 125.* Dictum fuit ſuperius: *poſt emiſſam Profeſſionem:* Novitiis enim remanet adhuc libera teſtandi facultas *d. c. 9. cauſ. 19. q. 3.* ita, ut bona ſtatim poſt emiſſam Profeſſio-

nem

(a) Profectò non ſufficere ad teſtamenti factionem plenum dominium, exinde etiam patet, quia jure antiquiori non omnibus erat permiſſum teſtamenta condere de peculio quaſi caſtrenſi, eſto in eo competierit filiisfamilias plenum dominium. vid. *§. fin. de milit. teſtam. l. ult. C. de inoff. teſtam.* Nec obſtat, quod filiusfam. poſſit donare mortis cauſâ; ergo etiam poterit facere teſtamentum *arg. l. 7. §. fin. ff. de donat.* Nam in donatione m. c. non eſt opus, ut ſit paterfam. Ratio *cit. l. 7. §. fin.* optima eſt, ſi applicetur ad ea tempora, quibus JCtus reſpondit, quia aliud peculium quàm caſtrenſe, vel quaſi (adde profectitium, quod huc non ſpectat) non dabatur. Aliis peculiis poſtea inventis procedit dicta ratio à teſtamento ad donationem affirmativè; non item negativè.

Digitized by Google

nem cedant hæredibus inſtitutis, ùt cùm veriori docet *cit. Magnif. ibid. num. 115.* Hac facultate pariter adhucdum gaudent (ſaltem ex licentia Superiorum) Scholaſtici Societatis JEſu, qui tria quidem vota, ſed ſimplicia & ſolubilia ita emiſerunt, ut nondum ad ſtabilem gradum admiſſi ſint. Non item Coadjutores Reformati, qui ad ultima vota (licèt ſimplicia) permanenter recepti ſunt. Ita ex *Bulla Greg. XIII. docet D. D. Gletle cit. tr. cap. 4. §. 6. num. 3. & 14.* quia iſti non ampliùs manent domini, juriúmque temporalium capaces; benè verò illi ſaltem reſtrictivè, & dependenter à Facultate Superiorum. Imò probabiliter cùm *laud. Authore ibid.* defendi poteſt, poſſe Scholaſticos etiam ſine facultate Superiorum ſaltem validè (non autem licitè) teſtamentum condere, hoc ipſo, quòd maneant abſolutè domini.

Quid de Clericis ſtatuendum? De bonis patrimonialibus, vel quaſi Clericalibus, ſeu induſtrialibus non minùs, quàm Laici poſſunt facere teſtamentum ob textus apertos *in cap. 19. cauſ. 12. q. 1. c. 9. & 12. de teſtam. Ad cap. 34. d. c. 12. q. 2.* quod obſtare videtur. Reſpondet González in *cap. 1. de teſtam. n. 15.* intelligi debere de bonis ipſius Eccleſiæ, aliàs certè nimiùm probaret. Certum inſuper eſt, non poſſe, jure communi ſpectato, de bonis clericalibus proſpectu Eccleſiæ acquiſitis, nec ad cauſas pias, neque profanas teſtamentum relinquere, licèt per conſuetudinem poſſit introduci, ut in favorem cauſarum piarum teſtari valeant, prout in terminis habetur in *d. cap. 12. de teſtam.* Rationes videri poſſunt *in cap. 1. & 3. de pecul. Cler. cap. 7. & 8. de teſtam.* 8

Utrùm autem talis conſuetudo ſit introducibilis in ordine ad cauſas profanas? Ardua eſt quæſtio. Negat cum aliis, quos citat *laud. Magnif. d. l. numer. 89.* I. Quia in *cit. cap. 12.* tantùm ejusmodi conſuetudo approbatur quoad cauſas pias, conſequenter hoc ipſo reprobatur quoad profanas. Cùm II. vergat in detrimentum Eccleſiæ, & ex hoc capite rejicienda *arg. cap. 40. de elect. in 6.* Atque III. omninò irrationabilis reputanda *argum. cap. ult. de conſuet.* Affirmant poſt alios *alleg. Gonzal. ad d. c. 12. num. 2. ſæpè cit. D. Gletle d. l. cap. 4. §. 7. n. 13.* Quæ ſententia his rationibûs ſtabiliri poteſt I. quòd ex probabiliori ſententia, quam etiam defendit ipſe *Magnif. P. Schmier l. 3. tract. 2. cap. 2. num. 173.* Clerici ſint domini bonorum, ſeu redituum ſuperfluorum, hoc ipſo, quòd ſuam portionem obtinuerint, ſicut Epiſcopi, & fabrica Eccleſiæ, titulô diviſionis *cap. 23. 25. & ſeqq. cauſ. 12. q. 2.* dicantúrque fructus ſuos non facere, caſu quo non reſideant. *Trid. Seſſ. 13. de Ref. cap. 1. & Seſſ. 24. de Ref. cap. 12.* Unde licebit inferre, quòd ſuos faciant, ſi reſideant. Nervosè deſuper diſcurrit *Clariſſ. D. P. Colleg. Böckhn. de pecul. Cler. num. 8.* II. Quòd obligatio erogandi illa bona

ad

Digitized by Google

ad cauſas pias originem ducat ex præcepto Eccleſiæ, cui poteſt per contrariam conſuetudinem derogari. III. Quòd hæc facultas poſſit per privilegium acquiri, ut pluribus oſtendit *præſ. Colend. ſſ. P. Colleg. de teſtam. num. 43.* ergo etiam per conſuetudinem, præſertim IV. cùm in pluribus Diœceſibus hæc conſuetudo vigeat. Neque præſumendum eſt V. quòd Clerici hac facultate præditi planè ſint futuri immemores ſuæ Eccleſiæ, ac præcepti Eccleſiaſtici, ſed potiùs ſperandum, fore, ut magis tum illi alliciantur ad bona conſervanda, tum Laici ad exercendas erga Eccleſiaſticos liberalitates, ſi ſciant, illa bona poſſe adhuc redire ad Laicos. Habes in compendio rationes utriusque ſententiæ, ſi extrema non diligis, medium elige, nec laxè, nec ſtrictè nimis procedendô: adeóque ſi te nimis conſcientia angit; vel premant fundamenta negantium, tene non poſſe introduci, ut licitè teſtentur; & ita refrœnabis nimiam liberalitatem ad cauſas profanas: Ut tamen etiam aliquid indulgeatur rationibus affirmandi, quæ certè non vanæ ſunt, transmitte, poſſe Clericos ſaltem (ſuppoſita conſuetudine) validè diſponere ad cauſas profanas, ne aliàs nimium graventur illorum conſcientiæ, ſi ad reſtitutionem adſtrinxeris.

TITULUS XIII.

De Exhæredatione Liberorum.

INter alia, quæ ad ordinanda teſtamenta neceſſariò deſiderantur, principale jus eſt de liberis hæredibus inſtituendis, vel exhæredandis, ne præteritis iſtis teſtamentum vitietur: namque *Filiô, qui* (proximè) *in poteſtate eſt, præteritô, inutile eſt teſtamentum*, ita ſalubre Gaii monitum in *l. 30. ff. de lib. & poſt.* Conſonant verba Triboniani *in pr. h.* Ita, ut hæredis inſtitutio, quæ eſt baſis, caput, & fundamentum teſtamenti *ſ. 34. de leg.* optima ratione dividi debeat in Neceſſariam & Voluntariam. De hac *tit. ſeq.* illam explanabit.

§. I.

De Inſtitutione neceſſaria.

1 INſtitutio neceſſaria eſt illa, quæ reſpicit illos, quos teſtator neceſſariò debet inſtituere, niſi cauſam exhæredationis dederint *pr. Inſt. h. l. 17. ff. de injuſt. rupt. irrit. teſt.* ſecernenda eſt tamen hic inſtitutio neceſſaria ſtrictè, & latiùs talis. Strictè talis comprehendit tantùm liberos proximè

Digitized by Google

mè in poteſtate teſtatoris conſtitutos, quibus præteritis teſtamentum eſt omni jure nullum. Latiùs talis reſpicit omnes illos, quibus debetur legitima, quæ tamen, ſi fuit omiſſa, vel non reddit teſtamentum nullum, vel ſaltem non omni jure, nempe Digeſtorum, & Codicis, uti in decurſu apparebit.

Omni jure igitur nominatim inſtituendi, vel exhæredandi ſunt 2
liberi proximè in poteſtate teſtatoris conſtituti (a) quibus ſcilicet ipſo jure, ſeu lege, tanquam quaſi dominis hæreditas datur (aliis ſolummodo defertur) *arg. §. 2. de hæred. qual. & diff. l. 11. ff. de lib. & poſthum.* Dixi notanter *nominatim*, nam filii in conditione poſiti v. g. *ſi filii mei intra decimum quartum annum deceſſerint, Cajus hæres eſto*, habentur pro præteritis non inſtitutis *l. 2. §. 4. 5. & 6. ff. de vulg. & pup. ſubſt. arg. l. 29. pr. & §. 10. de lib. & poſth. DD. Franz de vulg. ſubſt.*

(a) An etiam nepotes ex filio emancipato in poteſtate retenti? Communiſſima eſt ab authoritate extrinſeca negativa, cum evidentior nulla ſit concluſio, quàm eos tantùm eſſe inſtituendos, quibus debetur legitima *arg. l. 6. §. 1. ff. de inoff. teſtam.* Ejusmodi autem nepotibus, filiis, eſto emancipatis, exiſtentibus, non deberi legitimam, luculenter deducitur ex *Novell. 118. cap. 1.* ubi filius ſive ſuus, ſive emancipatus ſit (omni quippe ibid. ſublatâ differentiâ) proprios filios, ſeu reſpectivè nepotes à ſucceſſione ab inteſtato excludit; conſequenter etiam à legitima, utpote quæ eſt portio ſucceſſionis ab inteſtato. *l. 8. §. 6. & 8. ff. d. t.* Hinc, ajunt, per *cit. Nov.* prorſus eſſe exauctoratum *tit. de conjung. cum emanc. lib. ejus*, vi cujus ſimul admittebantur. At ſi rationibus pugnandum, ſuſpecta videtur hæc theſis. Indubitatum ſiquidem eſt, hunc nepotem eſſe hæredem *ſuum*, quatenus proximè in poteſtate avi conſtitutus eſt, adeóque præſcindendo interim à *NOV.* neceſſario inſtituendus *§. 1. Inſt. de exhær. lib. & §. 8. de hæred. qual. & diff.* Num verò in *d. Nov. 118. cap. 1* hoc correctum, & titulus de *conjung. cum emanc.* planè ſit exauctoratus nondum videtur plenariè eſſe facta fides: Nam ex eo quod inter ſuos, & emancipatos omnis differentia ſublata ſit, tantum ſequitur ſimul venire ſuos, & emancipatos; non item illos ab his excludi, cum ſint utrique proximi, illi jure ſuitatis, quibus pariter ſuffragatur jus ſanguinis; iſti præcisè jure ſanguinis. Nónne ſi Avus nepotem in filium adoptet, ſuccedet unà cum ſuo patre, & cum eo pariter erit inſtituendus *arg. d. Nov. & cap. §. 4. de exhær. lib. §. 2. de adopt. & l. 10. pr. C. eod.* Et hoc non alia ratione, quàm quia ſuus eſt. Non igitur ſe invicem, ſed tantùm aſcendentes & collaterales, teſte ipſa *NOV.* in verbis: *Omnibus aſcendentibus & ex latere cognatis præponantur*, excludunt. Profectò de caſu quo nepotes fuerunt in poteſtate detenti, & hoc modo SUI ſeu PROXIMI facti nihil cogitâſſe videri, dicique poteſt, ſimúlque ſine præjudicio admitti, filios emancipatos cum nepotibus in poteſtate retentis venientes non ampliùs poſt ſæpe *cit. Nov.* indigere beneficio Prætoris, ſed ipſo Jure Civili ſatis eſſe munitos & in tantum eſſe exauctoratum allegatum *tit. de conjung. cum emancip.* Rem hic definire non vacat: Ingenio nondum præoccupato cogitationis reliquias permittimus in medio hærentes. Nec enim hæc ſententia ſuis Authoribus (multo minùs rationibus) deſtituitur. Conſul. *Mejer. Colleg. Argentor. de conjung. cum emanc. lib. arg. num. 1. in fin.* jung. *Vinn. ad §. 5. de exhær. lib. n. 4.*

Digitized by Google

num. 9. & ſeqq. Latiùs æquè, ac egregiè in hanc rem *Clariſſ. Colleg. de Schloſgangl in Eruditiſſ. Tr. de Hær. neceſſ. cap. 1. §. 1. §. 1. num. 18. & ſeqq.* Filiarum tamen olim, utì & nepotum ex filio (ex filia huc non ſpectant *§. fin. h.*) tanta ratio non habebatur, quàm filiorum: ſiquidem filiæ, & nepotes ex filio, ſi fuerint præteriti, non faciebant teſtamentum nullum, ſed illis dabatur jus accreſcendi in certa portione (cum ſuis, in parte virili, cum extraneis in dimidia *Ulpian. in frag. tit. 22. §. 14.*) ac ſi eſſent inſtituti: filii enim arctiori neceſſitudine, quàm filiæ, vel nepotes videbantur conjuncti, ùt colligere eſt ex *l. 8. §. 1. ff. de injuſt. rupt.* Neque opus erat, eas, vel eos nominatim exhæredare; ſed ſufficiebat exhæredatio inter cæteros. *Vid. princ. Inſt. h. Vinn. ibid. num. 2. & 3.* Sed hæc differentia, ne natura accuſetur, quòd non omnes maſculos procreaverit, ſublata eſt in *l. fin. C. de lib. præter.* & ex ea deſumpto *§. 5. h.* Cæterùm non diſtinguitur, num ſint *Naturales*, vel *Adoptivi* (adoptione perfecta) quamdiu ſunt in patria poteſtate *vid. §. 4. h.* *Legitimi* vel *Legitimati* per ſubſequens matrimonium *arg. §. 2. de hered. quæ ab int. def. & Nov. 89. cap. 8.* Revid. dicta *lib. 1. tit. 10. num. 55. & 60.* *Nati* vel *Poſthumi*, nam & hos debere inſtitui, vel exhæredari probant verba *§. 1. h. t.* ibi; *Poſthumi quoque liberi, vel hæredes inſtitui debent, vel exhæredari:* hoc nihilominus interveniente diſcrimine, quòd ſi natus ſit præteritus, teſtamentum ſit nullum; ſi verò poſthumus, interim valeat, & primùm nativitate rumpatur *d. §. 1. h.* noluerunt enim jura propter incertum nativitatis eventum, certum valorem teſtamenti enervare: facilè namque contingere poteſt, ut vel monſtrum, vel quid prodigioſum, vel mortuum mulier enitatur *l. 3. Cod. de poſthum. hæred. inſtit.* ejuſmodi autem partus inter liberos, aut natos non computatur *l. 14. ff. de ſtat. hom. l. 129. ff. de V. S.* idcirco nec teſtamentũ rumpit *l. 2. Cod. de poſth. hered. Inſtit.* Illud tamen non refert, utrùm ordinario partu ſit natus, vel exſectus *l. 12. §. 1. ff. de lib. & poſth.* utrùm diu vixerit, vel in manus obſtetricis, & Manes inciderit, dummodo ſpiritum (eſto non vocem) ediderit *d. l. 3. C. de poſthum. hæred. Inſtitut.* (a) Sanè non eſt prætermittendum alios eſſe poſthumos naturaliter, alios civiliter tales. *Na-*

(a) Dummodo totus, ſeu integer in orbem proceſſerit, adeóque, eſto aliàs vocem emiſerit, vel alia vitæ indicia dederit, ſi tamen antequam integer ex utero exiiſſet, extinctus fuerit, nec teſtamentum rumpit, neque hæreditatem tranſmittit. *d. l. 3. C. de poſthum. hær. inſtit.* Opponunt *l. 12. §. un. ff. de lib. & poſth.* ibi: *Quid tamen ſi non integrum animal editum ſit, cum ſpiritu tamen? Et hoc* (teſtamentum) *tamen rumpit.* Verùm hic textus non eſt intelligendus de partu non perfectè edito; ſed perfectè quidem nato, ſed non integris membris, pone defuiſſe brachium, aut pedem &c. Idem dicendum, ſi aliquo membro abundat. *arg. l. 14. ff. de ſtat. hom.* Re-

Naturaliter tales, de quibus hactenus, ſunt illi, qui poſt mortem patris, quaſi poſt humatum patrem, nati ſunt. *Civiliter* tales ſunt, qui vivo patre, ſed poſt conditum teſtamentum naſcuntur *Sui*, vel qui tempore conditi teſtamenti jam erant nati, ſed primùm poſt teſtamentum, aut per adoptionem perfectam, aut arrogationem, aut etiam, ſi nepotes ſint, per mortem filii ſubintrandô in ejus locum jura *ſuitatis* adipiſcuntur: & exinde teſtamentum patris, vel avi, ſi fuerint præteriti, agnaſcendô rumpunt.

Hic pro majori dilucidatione advertendum, olím per nativitatem 3
poſthumorum ſæpiſſimè rupta fuiſſe teſtamenta. Equidem jure antiquo, & ùt videtur *LL. XII. Tabb.* poſthumus, ſeu non natus non poterat inſtitui, ut ex tota *l. 29. princ. & §§. ſeqq. ff. de lib. & poſth.* præſertim verò 15. ſatis colligitur. Ibi: *quod nullo jure potuit;* poſthumi enim erant adhuc incerti; incertæ autem perſonæ nihil ex teſtamento capere poterant *§. 25. de leg. Vinn. ad §. 2. h. num. 4.* Si enim potuiſſet poſthumus inſtitui, quid opus fuiſſet ſingulari jure, ut poſthumus, qui poſt mortem teſtatoris *Sui* naſceretur, poſſet inſtitui, & inſtitutus teſtamentum non rumperet. Quò ſpectat *d. l. 29. pr. & §§. ſeqq. ff. de lib. & poſth.* aut, ut de poſthumo poſt teſtamentum nato idem conſtitueretur, quò pertinent *§. 11. & 12. d. l. 29.?* Quando autem invaluerit, ut filii poſthumi poſſint inſtitui, certò non conſtat, variántque Authores. Inſtitutio Nepotum poſthumorum probabiliter originem debet GALLO AQUILIO, qui ſtatuit, ut nepos poſt mortem Avi natus poſſit inſtitui, adeóque natus non rumpat teſtamentum. Illius formula hæc eſt: *Si filius meus, vivo me, morietur, tunc ſi quis mihi ex eo nepos, ſive quæ neptis poſt mortem meam in decem menſibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, natáve erit, hæredes ſunto.* Gallus igitur fecit, ut nepos poſt mortem avi natus non poſſit rumpere ejus teſta-

Requirunt inſuper, ut partus ſit vitalis, id eſt, ut non tantùm vivus; ſed ita, & tali tempore; videlicet ſeptimo (de octavo rurſus dubitant) vel nono menſe ſit editus. Idque probari volunt ex *l. 2. C. de poſthum. hæred.* ubi ſimpliciter dicitur: *Uxoris abortu teſtamentum mariti non ſolvi*, id eſt, non rumpi. Utrum verò partus vivus, ſed non vitalis dici debeat abortus, num potiùs non ſit intelligendus, ſi mortuus ſit editus tum quia Impp tanquam de re plana locuti videntur, tum quia abortus in *d. l. 2* videtur opponi partui vivo, res nondum eſt deciſa. Profectò tum ex *d. l. 12. §. un. de lib. & poſthum.* tum ex *d. l. 2. & 3. C. de poſthum. hæred.* videtur ſufficere, ſi partus vivus totus in orbem proceſſerit, nec tamen monſtrum. Nobis rem adeò difficilem atque in naturæ arcanis reconditam definire non eſt animus. Rationes ſunt pro utraque prægnantiſſimæ, videríque poſſunt apud *Zacch. in Quæſt. Med. Leg. lib. 1. q. 2.* & noviſſimè apud *Clariſſ. & Colendiſſ. D. Colleg. de Schlotz. de Hær. Neceſſ. cap. 1. §. 3. n. 14. & ſeqq.* Quid ſi talis partus non vitalis, ſed vivus editus eſſet præteritus? Durum foret, pronuntiare teſtamentum validum.

Google

ſtamentum, ſi fuit inſtitutus: exiſtimavit enim JCtus ſufficere, ſi proſpiciat de ſubſiſtentia teſtamenti pro tempore, quo teſtator non ampliùs vivit: nam ſi vivo agnaſcebatur nepos, poterat condere aliud teſtamentum, & illum inſtituere. Cùm tamen non ſemper conſultum ſit aliud teſtamentum condere, ſucceſſit LEX VELLEA, quæ duobus caſibus occurrit, quibus rumpi teſtamentum ſolebat: *In primo capite* introduxit, ut inſtituere liceat nepotes nondum natos: qui tamen ob mortem filii (id eſt patris ſui) proximè in poteſtate Avi, eo vivo *Sui* naſcituri ſunt, ita ut nec iſti ampliùs rumpere teſtamentum poſſent. *d. l. 29. §. 11. & 12.* ibi: *Voluit vivis nobis natos non rumpere teſtamentum. In ſecundo capite* vetat teſtamentum rumpere eos nepotes, qui teſtamenti quidem conditi tempore nati ſunt, ſed primùm poſtea (ob mortem filii) jus ſuitatis, ſubintrandô in locum ſui patris, naneiſcuntur, & hinc ſtatuit, ut inſtituantur *d.l.29. §. 13. & 14.* His modis ex ſententia JULIANI, & Scævolæ acceſſit alius, ut nimirum liceat eos quoque inſtituere nepotes, qui poſt teſtamentum avi naſcuntur, eo quidem vivo, ſed non *Sui*, adeóque ita, ut primùm ſuccedendô in locum ſui patris mortui, aut emancipati *Sui* fiant *d. l. 29. §. 5. ff. de lib. & poſth.* vid. exempla apud *DD. Franz de vulg. ſubſt. n. 9. & ſeqq.*

Paucis! Gallus Aquilius diſpoſuit de nepotibus naſcituris poſt mortem Avi teſtatoris. Lex vellea, & quidem in *primo capite* de naſcituris eo vivo, ſed *ſuis*: in *ſecundo* de jam *natis tempore conditi* teſtamenti, ſed nondum *Suis*: ſententia Juliani de natis *poſt* conditum teſtamentum itidem nondum *Suis*: Atque ita paulatim vetus illud jus, quô nondum natos non licebat inſtituere, in iis, qui *Sui* hæredes fieri poterant, abolitum eſt; donec tandem Juſtinianus etiam poſthumum alienum (qui natus inter ſuos hæredes teſtatori futurus non eſt, qualis eſt nepos ex filio emancipato, vel ex filia, & tantùm jure prætorio inſtitui poterat: ita intelligitur *§. 28. de legat Hopp. ibid.*) jure civili inſtitui poſſe permiſit *princ. Inſtit. de bon. poſſ.* Si quis igitur filium ſperat, adeóque illum, utpote poſthumum, inſtituere vult, poterit hac, vel ſimili formula uti: *Filius ſive vivo me, ſive mortuo natus fuerit, hæres eſto l. 10. ff. de lib. & poſth. l. 47. §. 1. ff. de hæred. Inſtit.* aut hac: *quisquis mihi filius natus erit, hæres eſto.* Neque conſultum foret unum caſum v. g. *ſi me vivo naſcetur*, exprimere, cùm unus caſus alterum non includat *d. l. 10. ff. de lib. & poſth.* quod tamen correctum videtur *in l. ult. Cod. de poſth. hæred. Inſtit.* ubi poſthumus inſtitutus pro caſu, quo mortuo teſtatore naſcetur (de caſu contrario, utrùm ſcilicet caſus, *ſi me vivo naſcatur*, comprehendat caſum, *ſi mortuo me naſcatur*, Textus correctorius expreſsè nihil habet) cenſetur etiam eſſe inſtitutus in caſu, quo vivo te-

teſtatore naſciturus eſt. Circa poſthumos nepotes vel deinceps generalis cautela eſt, ut primùm inſtituantur nati proximi, ſeu *Sui*, deinde in eventum de poſthumis nepotibus, aut pronepotibus teſtator cogitet. V. g. *filius meus hæres eſto, & ſi ex eo mihi nepos, qui hæres ſuus futurus eſt, naſcatur, hæres eſto* vid. *d. l. 29. pr. & §§. ſeqq. ff. de lib. poſth.* quam exenteravit *Stryck. de caut. teſt. cap. 16. §. 7.* (a)

Ex his apparet *primò*, filios emancipatos non debuiſſe Jure Civili 4
neceſſariò inſtitui, vel exhæredari, adeóque iis præteritis teſtamentum valuiſſe. Cùm autem hoc Prætori durum videretur, dum æquè filii ſunt, hinc etiam æqualiter ſuos, & emancipatos ab inteſtato vocat in *§. 12. de hæred. quæ ab inteſt.* ùt pluribùs probat *Vinn. h. num. 6.* indulſit iis bonorum poſſeſſionem *contra Tabb.* vi cujus poterant teſtamentum impugnare *§. 3. h. cit. Author d. l. num. 6.* Quòd nec Jure Codicis, neque Inſtitutionum immutatum credimus; nam in *d. l. fin. C. de lib. præt.* Imperator noſter nullatenus filios ſuos, & emancipatos parificavit; ſed tantùm ſuſtulit diſcrimen ſexûs, juſsítque, ut filiæ eodem jure gaudeant, veniant, ac habeantur, quo filii. Idcirco ſicut filii SUI præteriti faciunt teſtamentum nullum, ita & filiæ SUÆ, & ſicut filii EMANCIPATI præteriti habent remedium bonorum poſſeſſionis contra Tabb. ita & filiæ EMANCIPATÆ præteritæ, eodem remedio teſtamentum infirmare poſſunt.

Nec alia eſt mens Triboniani in *d. §. 5. h.* ibi: *Ideo ſimplex, ac ſimile jus & in filiis, & in filiabus, & in cæteris deſcendentibus per virilem ſexum, perſonis, non ſolùm jam natis, ſed etiam poſthumis introduxit, ut omnes ſive ſui, ſive emancipati ſint, vel hæredes inſtituantur, vel nominatim exhæredentur, & eundem habeant effectum* (ſcilicet filiæ, nam alius caſus rectus ſubintelligi non poteſt) *circa teſtamenta parentum ſuorum infirmanda, & hæreditatem auferendam, quem filii ſui vel emancipati habent.* Senſus itaque eſt, ut filiæ habeant eundem effectum, quem filii. Et quamvis decernat debere etiam emancipatos inſtitui, vel exhæreda-

(a) Quid ſi nepotem præcedat filius, qui aliàs per ſtatum, & conditionem ſuam hæres patris eſſe nequit, num nepos iſte ſit neceſſariò inſtituendus? Si in talem conditionem, ſeu ſtatum inciderit, ut ſimul ex patris poteſtate exciderit, ita ut nepos ſubintret in locum filii, haud dubiè ſit hæres neceſſarius. Secus non; quia nepos non aliter, quàm ingrediendo in locum patris ſuus hæres Avo efficitur. *§. 2. de exhær. lib. §. 2. de hær. qual. & diff.* jung. *l. 9. §. 2. ff de lib. & poſth. l. 6. pr. de injuſt. rupt. teſt.* Caſus autem quibus ſubintrat nepos in locum patris ſui, habentur *in l. 29. §. 5. ff. de lib. & poſth. junct l. 3. §. 1. ff. de capit. dimin.* Ad hos autem minimè reducendus eſt caſus, ſi filius hæreſim, eſto non toleratam, foveat, quia hæreſis non incapacem ad hæreditatem facit, ſed ſolummodo inducit cauſam exhæredationis *Nov. 115. cap 3.* qua opus haud eſſet, ſi foret incapax: nec enim hæreſi ſolvitur patria poteſtas, ut nepos Avo poſſit agnaſci, fierique hæres ſuus.

ri, non tamen dicit, quòd emancipati præteriti faciant (veluti ſui) teſtamentum nullum, ſed ſalvâ iis bonorum poſſeſſione contra Tabulas; prout priùs in *§. 3. h.* edixerat, teſtamentum in ſuo valore relinquere cenſetur. Utrùm autem jure Novellarum aliter ſit diſcurrendum; patebit ex infrà dicendis. Apparet *ſecundò*, Matrem, aliósque aſcendentes maternos, utpote cùm hæredes *ſuos* non haberent, non debuiſſe ſuos deſcendentes neceſſariò vel inſtituere, vel exhæredare, ſed illorum præteritio jam habebatur pro exhæredatione, ita, ut nec prætor eis ſuccurrerit *§. 7. h.* cùm Prætor exhæredatos non agnoſcat *l. 8. pr. ff. de bon. poſſ. contr. Tab.* cogebantur itaque recurrere ad querelam inofficioſi, uti innuitur in *d. §. 7. h.* in verbis: *ſed aliud eis adminiculum ſervatur*, ſcilicet Querela *arg. d. l. 8. pr. ff. de bon. poſſ contr. Tab.* Apparet *tertiò*, potuiſſe deſcendentes ſine metu nullitatis, ſi turbato mortalitatis ordine priùs deceſſerint, in ſuo teſtamento præterire ſuos aſcendentes, quod colligitur tum *ex l. 14. ff. & 17. C. de inoff. teſtam.* ubi patri aut matri præteritis accommodatur querela inofficioſi, tum ex eo, quòd nullus inveniatur de jure veteri textus, qui hanc inſtitutionem de valore exigat. Num jure Novellarum aliter diſpoſitum ſit, dabimus infrà. Apparet *quartò*, cùm inſtitutio, vel exhæredatio hæredis ſit de ſubſtantia teſtamenti, ſi filius ſit præteritus, teſtamentum eſſe, & Jure Civili (ſecùs Prætorio *l. 12. pr. ff. de injuſt. rupt.*) manere nullum, quamvis filius vivo teſtatore moriatur *pr. Inſtit. h.* Idem dicendum, eſto pingue legatum filio fuerit relictum; nam, utrùm præteritus ſit filius, non ex legati datione, ſed ex inſtitutione, vel exhæredatione deſumendum eſt *§. 12. in fine de hæred. quæ ab int.*

Nec quidquam contra facit, quòd olim legitima potuerit relinqui titulo legati, donationis, mortis causâ, aut fideicommiſſi *§. fin. inſtit. de inoff. teſt.* nam hoc intelligendum eſt de legitima ita relicta filio expreſsè exhæredato, uti optimè advertit, & craſſum errorem aliter docentium meritò notat *Zoëſ. ff. de querela inoff. num. 68.* Sanè *Titius in Theſ. Jur. h. t. num. 6.* non improbabiliter defendit adhuc jure Novellarum poſſe relinqui legitimam filio ſcilicet aliàs inſtituto titulo particulari, cùm hoc, ait ille, nullibi videatur correctum.

§. II.

De Exhæredatione Liberorum.

5 DEbere liberos vel inſtitui, vel expreſsè exhæredari ſatis audivimus. Uti autem inſtitutio neceſſaria vel ſtrictè, vel paulò latiùs accipienda,

da, ita & exhæredatio. Strictè enim ſolummodo reſpicit liberos proximè in poteſtate conſtitutos, qui aliàs neceſſario, ac omni jure, tum veteri, tum novo, debent inſtitui. Paulò latiùs accommodatur omnibus, quibus debetur legitima, nec prætermiſſa omni jure vitiat teſtamentum.

Eſt autem exhæredatio *Actus, quo illi, qui aliàs deberent inſtitui, ab hæreditate excluduntur.* Quinam autem debeant inſtituere, vel exhæredare, aut inſtitui, vel exhæredari, facilè deduci poteſt ex dictis.

Illud ſolùm diſcutiendum occurrit, num poſthumus poſſit exhæredari? Potuiſſe jure veteri exhæredari indubitatum eſt ex *§. 1. h. & tot. tit. ff. & C. de lib. & poſth.* Nullatenus obſtante *l. 33. §. 1. C. de inoff. teſt.* ubi negatur, poſſe infantem exhæredari, cùm non potuerit committere cauſam ingratitudinis; quidni idem de poſthumo dicendum? Nam textus hic non dicit, exhæredationem eſſe ipſo jure nullam, ſed hoc tantùm cavet, ne, cùm ipſe non potuerit committere cauſam ingratitudinis, ab hæreditate materna ex odio matris erga patrem repelli valeat, adeóque maneat eidem ſalva querela inofficioſi *Zoëſ. ff. de lib. & poſth. num. ult.* An autem etiam jure Novellarum hoc adhuc procedat, dependet ab illa quæſtione, num ad valorem exhæredationis requiratur cauſa ingratitudinis, ejúsque expreſſio. De qua paulò pòſt. Priùs explorandum, quænam ſit certior 6

Forma exhæredationis, ſeu ejus requiſita. Sunt autem alia jure Digeſtorum, alia jure Novellarum iis ſuperaddita. Jure Digeſtorum requiritur I. ut fiat nominatim expreſſo nomine, prænomine, aut cognomine exhæredati *princ. Inſt. h.* juncta *l. 1. ff. de lib. & poſthum.* Si tamen teſtator tantùm unicum filium haberet, ſufficeret dicere: *Filius meus exhæres eſto:* ſecùs, ſi plures *l. 2. ff. eod.* uti etiam non valeat exhæredatio *inter cæteros* v. g. ſi plures habens filios diceret: *Filius meus primogenitus hæres eſto; cæteros* (niſi addat filios *l. 25. ff. d. t.*) *exhæredes ſunto*, non valet. *arg. cit. princ. & §. 5. h.* II. Ut fiat purè *l. 3. §. 1. ff. de lib. & poſth.* quapropter non ſubſiſteret, ſi dicat: *Filius meus exhæres eſto, ſi navis ex Aſia venerit*, quia debet exhæredatio fieri certô judiciô *l. 18. pr. ff. de bon. poſſ. contr. Tab.* hoc autem modo non fieret certô judiciô, quia ſi navis non veniret, filius eſſet præteritus. Hinc aliter dicendum foret, ſi ſub conditione contraria, ſeu in ejus defectum illum inſtitueret *arg. l. 4. C. de inſtit. & ſubſt.* Ita enim nunquam eſſet præteritus, ſed in caſum, quo navis veniret, eſſet exhæredatus, & caſu, quo non veniret, inſtitutus. III. Ut fiat à tota hæreditate *l. 19. ff. de lib. & poſth.* Nec enim licet ab inſtitutione, quæ, utpote favorabilis, in re certa valet detracta nimirum mentione rei particularis *l. 1. §. 4. ff. de hered. inſt.* ad exhæ- 7

Digitized by Google

hæredationem, quæ odioſa eſt, argumentari. IV. Ab omnibus hæredibus non tantùm à certa perſona *d. l. 3. §. 2. ff. de lib. & poſth.* adeóque non valeret, ſi dicatur: *Cajus, filiô meô Semproniô exhæredatô, hæres eſto; Titius hæres eſto*, quia tantùm eſſet excluſus à parte Caji, quod non ſufficit. *l. 8. §. 3. ff. de bon. poſſ. contr. Tab.* Cenſetur autem exhæredatus ab omnibus hæredibus ſive ponatur ab initio, in fine, vel in medio. *d. l. 3. §. 2. ff. de lib. & poſth.* dummodo in recto, id eſt principaliter, & per ſe ſit exhæredatus v. g. *Cajus hæres eſto, filius meus Sempronius exhæres eſto, Mævius hæres eſto*, quia hæc exhæredatio, utpote per ſe ſubſiſtens trahitur ad alia membra: ſecùs, ac ſi diceret: *Cajus hæres eſto, Mævius, filiô meô Semproniô exhæredatô, hæres eſto*, cùm hic exhæredatio tantùm per obliquum facta ad alia membra, tanquam quid odioſum trahi non debeat; hinc non valeret. V. Ut ſit facta ab omni gradu; hoc eſt, ut ſit excluſus tam à gradu inſtitutionis, quàm ſubſtitutionis, aliàs tantùm valet gradus, ubi eſt adjecta, & ille, ubi eſt omiſſa, vitiatur. Hinc ſi dicam: *Titiô filiô meô exhæredatô, Cajus hæres eſto, ſi Cajus hæres non erit, Sempronius eſto*: Inſtitutio quidem valebit, ita, ut ſi inſtitutus hæreditatem adeat, filius ſit excluſus, ſubſtitutio tamen nulla eſt, cùm in hac filius ſit præteritus, idcirco, ſi inſtitutus hæres non eſſet, ſubſtitutio corruit, nec ſubſtitutus admittitur *d. l. 3. §. ult.* Vid. etiam *l. 14. §. 1. ff. eod.* nec non *l. 3. §. 1. & ſeqq. ff. de injuſt. rupt. irrit. l. 42. §. 3. ff. de vulg.* Opus igitur eſt, ut etiam hic teſtator in recto ponat, ſive dein in medio, ſive in fine, ſive ab initio, aliàs debebit exhæredationem in omnibus gradibus repetere: cùm exhæredatio in obliquo facta ad alios gradus non trahatur, ſed tantùm ſubſiſtet quoad illum gradum, cui fuit annexa: Ita intelligimus textus, & Authores de his requiſitis paſſim tractantes.

8 Jure Novellarum præter iſta requiritur ulteriùs I. ut exhæredatio fiat ex juſta cauſa. II. Ut illa in teſtamento exprimatur. Et III. Ut ab hærede ſcripto (ſi agatur de exhæredatione deſcendentium, & aſcendentium) probetur. Juſtæ autem cauſæ numerantur in *Nov. 115. c. 3.* his vulgatis verſibus comprehenſæ.

Bis ſeptem ex cauſis exhæres filius eſto,
Si patrem verbis, verberibúsque gravet.
Nec redimat captum, linquat ſi carcere clauſum.
Eſt auſus patrium ſi violare thorum.
Si natus patrem teſtandi pellat ab actu.
Dementem negligat, ſique flagellet opes.

In-

Inſidias patrios audax ſi ſtruxit in annos,
Criminis atque reum ſanguinolentus agat.
Si mimos, hominéſque malos, ſectámque ſequatur.
Filia ſi venerem luxurioſa colat.

Succinctè juxta hunc ordinem explicabimus I. *Si patrem verbis:* id eſt, ſi patri gravem injuriam verbalem fecerit. II. *Verberibúſque:* Si impias manus parentibus (quorum perſona liberis ſemper ſancta eſſe debet. *l. 9. ff. de obſ. par. præſt.*) intulerit. III. *Nec redimat captum:* ſi parentes captivos ab hoſte, cùm poſſet, non redemerit, quia talis vitam civilem ademiſſe videtur. *arg. l. 12. ff. de R. J.* IV. *Linquat ſi carcere clauſum:* ſi filius patrem, ex quacunque cauſa incarceratum, fidejuſſione liberare potuerit, nec tamen fecerit. Dixi notanter *filius*, quia filias hæc cauſa non tangit, cùm non poſſint fidejubere. *tot. tit. ff. & C. ad S. C. Vellej.* V. *Eſt auſus patrium &c.* ſi novercæ ſuæ, aut patris concubinæ ſe carnaliter miſcuerit. VI. *Si natus patrem &c.* ſi parentes teſtari prohibuerit. VII. *Dementem negligat:* id eſt, ſi parentis furioſi curam non habuerit. VIII. *Sique flagellet opes.* Si per delationem grave damnum incuſſerit parentibus. IX. *Inſidias patrios &c.* Si vitæ parentum inſidiatus fuerit. X. *Criminis atque reum &c.* Si capitalis criminis parentes accuſaverit: Eſto enim Reipublicæ interſit crimina revelari *l. 51. §. 2. ff. ad L. Aq.* fieri tamen debet à perſonis non prohibitis. Excipe, ſi tale ſit crimen, quod ad evertendam Rempublicam tendit, ut eſt crimen læſæ Majeſtatis, quia potior ratio Patriæ, quàm parentum habenda *l. 35. ff. de Rel. & ſumpt. fun.* XI. *Si Mimos &c.* Si ſe Mimis, ac Arenariis, vel XII. Maleficis (id eſt veneficis) invitis Parentibûs junxerit, niſi ipſimet parentes ejusdem fuerint conditionis, quia nemo poteſt reprobare mores in alio, quos in ſe probat *l. 46. ff. ſolut. matr.* XIII. *Sectámque ſequatur*, ſi ab orthodoxa Religione deſciverit, fuerítque factus hæreticus (puta apud nos) non toleratus, quia animarum major, quàm corporum habenda ratio *d. Nov. 115. cap. 3. §. 14.* (a) XIV. *Filia ſi venerem &c.* Si filia (non filius) quam parens nuptiis elocare voluit, vitam luxurioſam elegit: modò adhuc fuerit infra 25. annum: ſi enim hanc ætatem egreſſa ſit, magis parentum, quàm propriâ cul-

(a) Hoc tamen capiendum de filio adhuc clandeſtina hæreſi implicato. Si enim publicè ſit talis, aliunde eſt incapax ad hæreditatem capiendam *l. 3. C. de Apoſtat. l. 4. & auth. credentes C. de hæretic.* neque hic, uti in priori caſu, opus eſt vel exhæredatione, vel probatione aliàs ab hærede inſtituto præſtanda. Fuſius & funditus has cauſas expoſuit ſupra *in not. præſ. Clariſſ. & Conſultiſſ. D. Colle de Schlosg. tit. Tract. cap. 2. num. 9. & ſeqq.*

culpâ peccaſſe videtur. (a) En quàm gravis fuerit Romanis (utinam aliter noſtris!) puellis virginitas. Annectimus etiam cauſas, ob quas filiis permiſſum eſt exhæredare parentes.

Ex octo licitum cauſis removere parentem
I. Præſumat Nati ſi violare thorum.
II. Dementem negligat III. ſi dogmata falſa ſequatur.
IV. Captivóque neget ſi ſceleratus opem.
V. Inſidias Nati audax ſi ſtruxit in annos.
VI. Sique ream ſobolem ſanguinolentus agat.
VII. Si Natum genitor teſtandi pellat ab actu.
VIII. Vel Matri inſidias ſternere tentet atrox.

9 Hic diſputatur, utrùm non admittantur aliæ cauſæ, ſi ſint æquè graves, vel omninò graviores?

Negativæ, cui adſtipulantur præter alios Noſtrates, favere videntur tum verba, tum mens Imperatoris in *d. Nov. 115. cap. 3.* verba ita habent: *Sed quia cauſas, ex quibus ingrati liberi debeant judicari in diverſis legibus diſperſas, & non apertè declaratas invenimus, quarum aliquæ nec dignæ nobis ad ingratitudinem viſæ ſunt, aliquæ verò, cùm eſſent dignæ prætermiſſæ ſunt, ideo neceſſarium eſſe perſpeximus, eas NOMINATIM præſenti lege comprehendere, ut PRÆTER IPSAS nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere, NISI QUÆ IN HUJUS CONSTITUTIONIS SERIE CONTINENTUR. Cauſas autem juſtas HAS ESSE DECERNIMUS.* Mens Cæſaris ex verbis eruitur, qui voluit cauſas minùs ſufficientes abrogare, dignas verò exhæredatione exprimere, & ita illas abſolutè determinare, ac, quas hic non numeravit, rejicere.

Nos uti non dubitamus, per iſta verba omninò excludi clauſas diverſi generis, ita indubitanter cum *Voët. ff. de querel. inoff. teſt. num. 24.* & aliis perſuaſi ſumus Imperatoris mentem nequaquam fuiſſe, excludere cauſas ſub enumeratis, adeóque ſub eodem genere, vel ob majoritatem,

(a) Quid ſi tantùm ſemel in corpus ſuum peccaverit? Non videtur ſufficere: Et multò minùs ſi à ſponſo ſuo ſe comprimi fuerit paſſa; quia nondum videtur degiſſe vitam luxurioſam; eligere equidem in materia odioſa videtur importare quamdam frequentiam & deliberationem ad liberam venerem, qua ſe obſtringunt illæ, quæ ſub ſimulata libertatis honeſtæ ſpecie, daß ſie nemlichen die Freyheit lieben non multum rogatæ ſe ad ſervitia exhibent: Eſto publicè ſe nondum proſtituant. Quòd ſi publicè ſe proſtituant; vitæque meretriciæ emancipent, poſſe exhæredari etiamſi exceſſerint ann. 25. tenent poſt alios *Harpr. h. t. 41. & memor. Obſervandiſſ. D. Coll. d. l. num. 21.*

Digitized by Google

tem, vel ob identitatem rationis comprehenſas: ſic, quamvis liceat patri, filium Mimos ſequentem, exhæredare, non licebit tamen exhæredare homicidam, adulterum, lenonem; quia hæ cauſæ ſunt in diverſo genere: Econtra civilis ratio prudentiæ non patitur ita captari verba, ut dicamus, poſſe exhæredari filium, ſi patrem à carcere non liberaverit, & non poſſe, ſi ipſemet eum in carcerem detruſerit: poſſe filium exhæredari, qui impedivit patrem facere teſtamentum, non autem, qui coëgit in ſuum favorem teſtari: aut filium, qui cum noverca, vel concubina patris commercium habuit, fulmen teſtamentarium promeruiſſe, non autem, qui cum propria matre ſe commiſcuit: vel filiam, quæ vitrico ſe ſtravit, à matre non poſſe excludi. Quis, quæſo, Legislator de hac re quæſitus tam abſurdè reſpondiſſet?

Dixeris fortè, ſtante hac ſententia non fuiſſe Imperatorem mentem ſuam aſſecutum, dum prior orietur incertitudo: Verùm ſupponitur, dari ſufficientem certitudinem ex eo, quòd alia cauſarum genera, quæ olim incerta erant, non liceat admittere: Et ſi quædam oriretur incertitudo, non erit tanta, ut non poſſit ex præſcripta ab Imperatore norma Judicis prudentiâ facilè ſuperari. Hanc ſententiam receptiſſimam, & veriſſimam ait *Fach. 6. Controv. cap. 78.* atque in praxi uſitatam teſtatur *Lauterb. de inoff. teſt. §. 16.*

Alia graviſſima non minùs, quàm momentoſa hic occurrit diſce- 10
ptatio, utrùm ea, quæ præſcribuntur in *cit. famoſiſſima Nov. 115. cap. 3.* ſint de ſubſtantia exhæredationis, ſeu teſtamenti, ita, ut ſi v. g. cauſa exhæredationis non ſit expreſſa, talis exhæredatio (quæ vocatur ſine elogio) ſit ipſo jure nulla. Quamvis utraque ſententia ab authoritate tum in- tum extrinſeca ſit probabiliſſima, præponderat tamen, utpote & liberis favorabilior, & uti teſtatur *Stryck. l. ſuprà cit. cap. 119. §. 44. Hopp. h. tit.* paſſim praxi conformior, affirmativa, adeóque dicendum, ejusmodi exhæredationem eſſe ipſo jure nullam.

Deſumitur hæc ſententia ex verbis prægnantiſſimis *cit. Nov. cap. 3. & 4.* Prioris verba initiativa ita ſonant: *Sancimus igitur non licere PENITUS Patri, vel Matri, Avo, vel Aviæ, Proavo, vel Proaviæ ſuum filium, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in ſuo facere teſtamento, nec, ſi per quamlibet donationem, vel Legatum, vel fideicommiſſum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem, niſi forſan probabuntur ingrati, & ipſas* (en forma præſcripta) *nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo INSERUERINT TESTAMENTO.* Verba finalia cit. c. 3. non minoris ſunt ponderis. Ibi: *ſive igitur omnes memoratas ingratitudinis cauſas, ſive certas ex his, ſive unam quamlibet parentes IN TESTAMENTO SUO INSERUERINT, & ſcri-*

ſcripti hæredes nominatim, vel nominatas cauſas, vel unam ex his veram eſſe monſtraverint, teſtamentum ſuam habere firmitatem decernimus. Si autem hæc obſervata non fuerint, NULLUM exhæredatis liberis præjudicium generari. Nota particulas: *NON LICERE PENITUS*, quæ abſolutam prohibitionem, & inde nullitatem indicant. *arg. l. 5. C. de leg.* Item: NULLUM PRÆJUDICIUM generari; eſſet autem ingens præjudicium, ſi exhæredatio valeret, & tantùm per querelam inofficioſi deberet impugnari, cùm querela tantùm quinquenniô duret, nec regulariter transmittatur ad hæredes, niſi præparata; econtra remedium nullitatis ſit perpetuum, ſcilicet ad triginta annos, & ad hæredes transmiſſibile.

Dices cum *Magnif. P. Schmier cit. lib. 3. tr. 4. p. 1. cap. 1. num. 338.* ex hac *Nov.* nimiùm probari, cùm ſequeretur etiam probationem cauſæ eſſe de forma, eôdem enim modô loquitur de probatione, quô de expreſſione in verbis: NISI FORSAN PROBABUNTUR INGRATI: Item: *Et ſcripti hæredes nominatam, vel nominatas cauſas, vel unam EX HIS VERAM ESSE MONSTAVERINT;* hoc autem exinde videtur abſurdum, quia teſtator non poſſet ponere totam & integram formam exhæredationis, cùm probatio cauſæ fieri debeat ab hærede. Sunt, qui cum Clariſſ. *D. D. Ayblinger h. t. num 32.* ſequelam admittunt. Hinc poſſet transmitti; quia tamen alia eſt ratio de expreſſione, quæ fieri poteſt ab ipſo teſtatore, quàm de probatione, quæ ab hærede præſtanda, neque ſit credendum, voluiſſe Juſtinianum formam talem exhæredationi præſcribere, quam teſtator ponere non poſſet, vel ſaltem non deberet, negatur ſequela; nam eſto verba æqualiter exprimantur, ratio tamen longè eſt diverſa, & conſequenter illorum etiam alius ſenſus, alia mens, & deciſio *arg.* eorum, quæ habet *Stryck. d. l. §. 45. Hopp. ad §. 5. h.* Jam videamus ulteriùs formalia *cap. 4. d. Nov.* Initialia ſunt ferè eadem, quæ in *cap.* priori. Finalia ſunt hæc. *Si tales igitur cauſas, vel certas, aut unam ſuis teſtamentis inſcripſerint &c. teſtamenta in ſua firmitate manere præcipimus. Si autem hæc omnia non fuerint obſervata, NULLAM VIM hujusmodi teſtamentum, quantùm ad inſtitutionem hæredum, habere ſancimus.* Paulò pôſt. *Siquid autem pro legatis &c. aut quibusdam aliis capitulis in aliis legibus* (en manifeſta correctio aliarum legum) *inventum fuerit, huic Conſtitutioni contrarium HOC NULLO MODO VOLUMUS OBTINERE.*

Si opponas cum *Laud. Magnif.* ubi ſupra, non eſſe credendum, per unam vel alteram particulam voluiſſe Imperatorem totum jus vetus ſubvertere; præſertim cùm expreſsè dicatur ibidem teſtamentum RESCINDI, EVACUARI. Reponitur non eſſe faciendam voluntatis

quæ-

Digitized by Google

quæſtionem, ubi nulla in verbis invenitur ambiguitas *l. 25. §. un. ff. de leg. 3.* ſed voluntas potiùs ex verbis deſumenda *l. 7. §. ult. ff. de ſuppell. leg.* Nec etiam in jure novum eſt, id, quod ipſo jure nullum eſt, vulgò dici reſcindi (ſcilicet de facto tantùm) ùt apertè colligitur ex *l. 5. §. 2. ff. qui & à quib. manum.* ubi manumiſſio in fraudem creditorum *reſcindi* dicitur, cùm tamen ſit ipſo jure nulla *princ. Inſt. quib. ex cauſ. manum. vid. Titius in Theſ. Jur. ff. de lib. & poſth. num. 6. Thomaſ. ad H. b. b. num. 2.* (a)

Ex his infertur I. exhæredationem ſine elogio eſſe ipſo jure nullam, II ideóque II. poſthumum ampliùs nec licitè, nec validè poſſe exhæredari, cùm deficiat cauſa ingratitudinis. III. Emancipatum non poſſe ampliùs citra periculum nullitatis præteriri, cùm in *d. nov. cap. 3.* non attendatur jus ſuitatis, hoc ipſo IV. quòd tam Pater, quàm Mater, aliíque aſcendentes materni deſcendentes (quos utique non habent in ſua poteſtate) debeant inſtituere, ibi: *Non liceat penitùs patri vel matri &c.* Idem V. dicendum de deſcendentibus, qui pariter ſuos aſcendentes, ſi præmoriantur, neceſſariò debent inſtituere, vel, ſi habent juſtam cauſam, exhæredare. *d. nov. c. 4.* VI. Rariorem inter aſcendentes, & deſcendentes eſſe uſum querelæ inofficioſi; quoniam omiſſio cauſæ exhæredationis facit teſtamentum nullum: hinc vix aliter obtinebit, quàm ſi cauſa ſit expreſſa, ſed ab hærede non probata *Stryck. & Hopp. ubi ſuprà.* Dixi inter Aſcendentes, Deſcendentes: Nam circa fratres nihil immutatum legimus; quapropter fratre ſine cauſa præterito, aut exhæredato teſtamentum valebit, erítque querelæ beneficiô juxta infra dicenda impugnandum. Interim

Rogitas, quænam ſint reſpectu fratrum cauſæ exhæredationis, (b) Numerantur communiter tres I. Si fuerit frater vitæ fratris inſidiatus.

 Vel

(a) Si urgeas ulterius (1.) hæc ſententia non tantùm liberis, ſed & aliis remotioribus conſuli, maximéque præjudicari hæredibus ſcriptis, qui hoc ipſo; quòd teſtamentum eſſet nullum, excluderentur, ẽtſi liberi præteriti, vel exhæredati teſtamentum impugnare noluerint, vel non potuerint. (2.) Nec verbum haberi de abroganda querela inofficioſi, utpote quam Imperator voluit tantùm reddere faciliorem. (3.) Exhæredationis duplicem eſſe effectum; nimirum ſi ritè, id eſt, juxta requiſita juris Digeſtorum ſit facta, reddit teſtamentum validum. Et ſi juſta ſit cauſa exhæredationis, etiam licitum, ut excludat exhæredatum. Reſpondetur *ad primum*, vel eſſe nullum tantum in favorem præteriti, vel exhæredati *arg. cit. nov. 115. c. 3. & 4. in f.* Vel non eſſe novum, ut alter beneficio alterius per accidens fruatur *arg. l. 10. §. fin. ff. de bonor. poſſ. contr. tab.* *Ad ſecundum* etiam nullam feciſſe de querela admittenda mentionem; ſed ſimpliciter dixiſſe, nullum exhæredatis inferri præjudicium; hinc *ad tertium* voluiſſe Imperatorem tollere injuriam exhæredationis, illam videlicet ſine cauſa factam annullando. Vid. *d. nov. c. 5. in pr.*

(b) Præplacet doctrina *Clariſſ. ac Conſultiſſ. Coll. de Schlosg. cit. ſæpiùs Tract. c. 2. n. 38.*

Non-

Digitized by Google

Vel II. ejus bonis damnum grave intulerit, aut III. criminaliter accuſaverit. *nov. 22. c. 47.* Addantur cauſæ turpitudinis. *arg. l. 21. & 27. C. de inoff. teſt.*

12 Effectus exhæredationis legitimè factæ eſt, quòd faciat teſtamentum inexpugnabiliter valere. Si autem debitis requiſitis inſtructa non ſit, facit teſtamentum nullum, ita quidem, ut, ſi ſint omiſſæ ſolemnitates jure Digeſtorum requiſitæ, etiam legata, aliáque acceſſoria pereant, quia hoc nullibi correctum legitur. (a) Si verò ſit nulla ob defe-

Nondum videlicet eſſe determinatas. Abſonum quippe videtur fuiſſe citiùs quoad fratres, quàm quoad deſcendentes, & aſcendentes ſtabilitas. Et cur, amabo? in fratribus, quibus aliunde hæreditas minùs, quàm deſcendentibus debetur, vel aſcendentibus, tam paucæ, & quidem, ut volunt *ex nov. 22. c. 47.* tantùm tres ſufficient? Ideò, inquis, quia fratri querela inofficioſi non aliter competit, quàm ſi eidem ſit prælata perſona turpis; conſequenter ſicut in hoc deterioris eſt conditionis; ita in alio debet eſſe melioris. At hæc reſponſio ſubſiſt adhuc quoad fratres germanos controverſiæ; nec non ferit. Deinde fratri non infertur injuria prælato turpi hærede, ſi ipſe fratri gravem injuriam, ingratitudinem comittendo, intulit. *Nov. 22 c 47.* non facit ad rem, cum ibi ſermo ſit de ſucceſſione ab inteſtato; & plures ſunt cauſæ, ex quibus in teſtamento licet removere, quàm ab inteſtato. *d. nov. 118. c. 3.* Sint ergo, & maneant, uti jure veteri indefinitæ, cum *in cit. nov. 115. c. 3 & 4.* de fratribus nihil habeatur. Num vero tot ſint, quot in deſcendentibus, liceat dubitare, quia quò minor eſt gratitudinis obligatio, eò pauciores ſunt cauſæ ingratitudinis.

(a) Unde ſi exhæredatio non ſit nominatim, aut à tota hæreditate, aut purè, vel ab omnibus hæredibus facta: vel ſi filius ſuus ſit præteritus omnia acceſſoria unacum hæredis inſtitutione corruunt. Hoc, ais, nudè aſſerimus, dum tamen maximè, utpote ſummè controverſum, probatione indiget. Neque hic deſtituimur! Imprimis certiſſimum eſt, jure veteri in præmemoratis caſibus corruiſſe teſtamentum quoad omnia *pr. Inſt. de exhær. lib. L. 1. 2. & 3. per totum ff. de lib. & poſt. h. l. l. l. 3. per totum,* & clariùs *l. 17. ff. de injuſt. rupt. irrit. teſtam. & l. 8. §. 16. l. 28 ff. de inoff. teſtam.* conſequenter his ſtandum, donec oſtendatur expreſſa correctio. Venditant quidem hoc eſſe correctum *in d. nov. c. 3. & 4. in fin.* Verùm *in d. nov.* de his ſolemnitatibus, eorúmve defectu nec jota invenire licet. Intentio & cura Imperatoris ibidem unica hæc fuit, ut determinaret cauſas ingratitudinis antea incertas, imponerétque teſtatoribus, ut illas vel illam exprimerent, ita ut niſi hoc fecerint, non liceret patri liberos in ſuo teſtamento EXHÆREDES facere, vel matri PRÆTERIRE (qui eſt ſenſus genuinus hujus NOVELLÆ) *Et ſi hæc obſervata non fuerint,* (ſcilicet ſi pater ſine cauſa expreſſa exhæredaverit, vel mater præterierit, de aliis quippe exhæredationis requiſitis nihil memorat; ſed in ſuo robore intacta relinquit) *nullum exhæredatis liberis præjudicium generari; ſed* (ſunt verba Textus) *quantum ad inſtitutionem hæredum pertinet.* Paulò pòſt. *Si verò contigerit in quibus: aut talibus teſtamentis* (nimirum ubi non eſt facta exhæredatio, vel præteritio cum expreſſione cauſæ; non ubi exhæredatio non eſt facta purè, à tota hæreditate, nominatim & ab omnibus hæredibus; hæc namque manent in ſuo antiquo robore) *quaedam legata, vel fideicommiſſa &c. ea omnia jubemus adimpleri.* Fit, quòd tantùm tunc velit legata & reliqua omnia adimpleri, quando omiſſæ ſunt ſolemnitates in ipſa novella præſcriptæ; ſiquidem per hanc conſtitutionem cauſam liberorum fa-

Digitized by Google

ſectum Novellæ 115. Legata, fideicommiſſa libertatum, tutelarúmque dationes cum aliis acceſſoriis in ſuo robore perdurant, ac vigore *cit. nov. §. 3. & 4.* inviolabiliter ſuſtinentur.

TITULUS XIV.

De Hæredibus inſtituendis.

AGitur hic de inſtitutione voluntaria, quâ inſtituuntur ii, qui poſſunt liberè, & rato manente teſtamento omitti, vel inſtitui: hæredem verò inſtituere nihil aliud eſt, quàm deſignare ſucceſſorem univerſi ſui juris *arg. l. 24. ff. de V. S. & l. 62. ff. de R. J.* Quod fit vel immediatè per inſtitutionem in ſpecie, vel mediatè per ſubſtitutionem, de qua *tit. ſeq.* In Inſtitutione tria præcipuè veniunt conſideranda: *Quis* poſſit inſtitui ſeu *ſubjectum:* In *qua parte* poſſit quis inſtitui, ſeu *objectum*, & *quô modô* poſſit inſtitui, id eſt *forma.* Circa primum 1

Poſſunt hæredes inſtitui omnes, qui non prohibentur, ſive ſint liberi, ſive ſervi *princ. Inſt. h.* ita, ut ſi ſit ſervus proprius teſtatoris, fiat ſimul liber, & hæres neceſſarius *§. 1. eodem.* ſi alienus, ſuum dominum, cujus juſſu hæreditatem adire debet, hæredem faciat, niſi antequam adiret, fuerit manumiſſus, quo caſu ſuo arbitratu, hæreditatem adire poteſt: *vid. d. §. 1. h.* Liberos quod attinet, poſſunt inſtitui, vel ſinguli homines, vel etiam Communitates tum ECCLESIASTICÆ, ùt Capi- 2

tu-

faciliorem, non duriorem facere voluit; faceret autem duriorem, ſi indiſtinctè ad ſolvenda legata adſtringeret. At, inquis, hoc ipſo, quòd non ſint obſervatæ ſolemnitates à NOV. præſcriptæ, adeóque exhæredatio non ritè facta, filius habetur pro præterito *arg. l. 8. §. 2. ff. de bonor. poſſ. contr. tab.* ſi igitur exhæredatio tam paterna, quam materna ſaltem evertit teſtamentum quoad hæredis inſtitutionem, idem in præteritione tam paterna quàm materna dicendum erit. Item quotiescunque non eſt obſervata ſolennitas NOVELLÆ, toties ſola corruit inſtitutio; hoc evenit in præteritione paterna, ergo. Si diſcurſus iſti ſuis conſtarent, nec abundarent, terminis actum eſſet ex eorum legitima ſequela de noſtra ſententia; ſed vitia apertiora ſunt, dum identidem varietur ſtatus, & ſuppoſitio, ut refutatione non indigeant. Hinc argumentum invertimus. Exhæredatio non ritè & ad normam Digeſtorum facta pro præteritione habetur; ſed præteritio paterna jure Digeſtorum facit totaliter teſtamentum nullum, ergo. Item quotiescunque non ſunt obſervata requiſita Digeſtorum corruunt cum inſtitutione etiam acceſſoria; hoc evenit in præteritione paterna, ergo. Vides utique argumenta ejusmodi eſſe primò occupantis; donec probaveris jus Digeſtorum fuiſſe correctum? Probatur, inſtis, luculenter correctio *ex d. nov. c. 4. in fin.* ubi, ſi circa legata &c. huic conſtitutioni contrarium in aliis legibus inventum fuerit, nullo modo obtinere dicitur. Ita eſt, ſi tantum ſit defectus ſe tenens ex parte *novellæ*, fortè, quod cauſa non ſit expreſſa, vel expreſſa, ſed ab hærede non probata, vel alia fuerit appoſita. Ex dictis.

Digitized by Google

tula, Monaſteria, Eccleſiæ, Xenodochia, vel Pauperes *l. 1. C. de SS. Ecl.* *l. 49. pr.* & *§§. ſeqq. C. de Epiſc.* & *Cler.* tum SÆCULARES, puta Civitates, Univerſitates, aliáque corpora politica authoritate publica congregata, & non tantùm unum, ſed & plures in infinitum (id eſt indefinitè) licet inſtituere *§. 4. b.* dummodo non ſint perſonæ ſpecialiter prohibitæ, quales ſunt I. Servi pœnæ, ſeu damnati ad opus publicum *l. 3. ff. de his, quæ pro non ſcript. hab.* II. olim Peregrini *l. 6. §. 2. ff. h. t.* Secùs jure novo *auth. omnes peregrini C. com. de ſucc.* III. Deportati *l. 1. C. h. t.* ſeu hodie bannô Imperii proſcripti. IV. Hæretici non tolerati *l. ult.* &
2 *auth. credentes C. de hæret.* V. Apoſtatæ *l. 3. C. de apoſt.* VI. Cardinalium percuſſores, vel illorum hoſtiles perſecutores *c. fin. de pœn. in 6.* VII. Filii perduellium *l. 5. §. 1. C. ad L. Jul. Maj.* VIII. Damnati ad ultimum ſupplicium, cùm civitatem amittant *l. 29. ff. de pœnis.* IX. Qui ſe polluerunt inceſtis nuptiis *l. 6. C. de inceſt.* & *inut. nupt.* X. Filii ex patre naturali, exiſtente legitima prole *l. 2. C. de nat. lib.* Aliter ſi proles legitima deficiat *nov. 89. c. 12. §. 3.* XI. Nepotes ex filio naturali (id eſt legitimo) ab Avo ſub eadem tamen diſtinctione *l. ult. C. de nat. lib.* XII. Liberi ex complexu damnato ſuſcepti etiam prole legitima deficiente *d. nov. c. ult. Auth. ex complexu C. de inceſt. nupt.* XIII. Princeps litis cauſâ *§. fin. Inſt. quib. mod. teſt. infir.* XIV. Franciſcani, Capucini, tam in particulari, quàm in communi. Item Domus profeſſæ Societatis JESU; cùm ſint bonorum incapaces. (a)

3 Objectum Inſtitutionis eſt hæreditas, ſeu bona, & jura tum activa, tum paſſiva defuncti *l. 62. ff. de R. J.* Dicitur *defuncti*: nec enim toleratur inſtitutio in re aliena *arg. l. 8. §. 8. ff. de jure Codic. l. 13. C. de teſtam.* quia teſtator non alteri, ſed ſibi debet facere teſtamentum. Nec valet paritas à legato, quòd ab hærede comparari, & præſtari poteſt: nemo autem foret, qui hæredi præſtaret rem alienam. Cæterùm uti priùs diximus, poſſe teſtatorem vel unum vel plures hæredes inſtituere, ita eidem liberum eſt facere, quot voluerit partes. Partes verò hæreditatis aliæ ſunt legales ſeu regulares, aliæ arbitrariæ, quæ ſcilicet dependent à voluntate teſtatoris. Hæreditas quippe, quæ tota nomine ASSIS venit à lege, in 12. partes dividitur. Prima, ſeu duodecima pars dicitur *uncia.* Duæ unciæ *ſextans*, id eſt, ſexta pars. Tres unciæ *quadrans* ſcilicet quarta pars. Quatuor unciæ *triens*, hoc eſt tertia pars: quin-

que

(a) Quid ſi teſtator dicat: *Titius imò Cajus hæres eſto*: vel *Titius hæres eſto, imò Cajus hæres eſto?* Solus Cajus, utroque caſu eſt hæres *l. 47. pr. ff. h. t.* Econtra ſi teſtator ſolum Titium in parte dimidia hæredem ſcribere deſtinâſſet, & Titium ac Cajum ſcripſerit, juxta Ulpianum *in l. 9. §. 7. ff. eod.* ſolus Titius hæres exiſtet. Quæ ſententia tamen erit intelligenda, ſi per errorem, non ut à priori voluntate recederet, Cajum adjecerit.

Digitized by Google

que unciæ, *quincunx.* Sex unciæ *ſemis*, id eſt media hæreditas. Septem unciæ, *ſeptunx.* Octo unciæ *Bes*, quaſi bis triens. Novem unciæ, *dodrans*, quaſi dempto quadrante, ſeu tribus unciis As. Decem unciæ *Dextans*, id eſt dempto ſextante, ſeu demptis duabûs unciis As. Undecim unciæ *Deunx*, quaſi demptâ unciâ As. Interim tamen voluntas teſtatoris his partibus non eſt adſtricta, poteſt enim vel pauciores, vel plures facere *§. 5. h. t.* unde ſi diceret: *Titius in ſemiſſe hæres eſto*, nec alium hæredem inſtitueret, totus As in ſemiſſe foret *d. §. 5. h.* non enim poteſt paganus decedere partim teſtatus, partim inteſtatus. *l. 7. ff. de R. J.* aut ſi dicat: *Titius hæres eſto in quadrante, Cajus in Triente.* Totus As erit in ſeptunce, & Titius capiet tres uncias, Cajus quatuor *arg. d. §. 5. h.* in qua computatione non erit opus tacito jure accreſcendi. De quo tamen fit mentio in *§. 7. h.* & *l. 13. §. 1. & ſeqq. ff. eod.* vid. *Thomaſ. ad Hub. h. n. 4.* Et econtra, ſi dicat: *Titius hæres eſto in triente: Cajus in ſemiſſe, Sempronius in dodrante:* hæreditas erit diviſa in novemdecim partes, ſeu uncias, & Titius habebit quatuor: Cajus ſex: Sempronius novem: tot etenim fiunt partes, quot teſtator expreſſit. Quòd ſi quibusdam hæredibus partes aſſignavit, quibusdam non: tunc ſi partes aſſignatæ non adæquant Aſſem, hæredibus ſine partibus ſcriptis obvenit illud, quod Aſſi deeſt. Ut ſi teſtator dicat: *Titius hæres eſto in quadrante, Cajus in triente: Mævius hæres eſto.* Mævius ſine parte ſcriptus acquirit quinque uncias, quæ, deducto quadrante & triente, reſpectu aſſis remanent: ſi partes aſſignatæ adæquant Aſſem, hæreditas dividitur in dupondium, id eſt in 24. uncias ita, ut ſine parte ſcriptus acquirat dimidiam partem. Pono teſtatorem dixiſſe: *Titius hæres eſto in ſemiſſe, Cajus hæres eſto in alio ſemiſſe, Sempronius hæres eſto.* Vel *Titius hæres eſto in quadrante, Cajus in dodrante: Sempronius hæres eſto.* His caſibûs, cùm partes aſſignatæ exhauriant Aſſem, debet hæreditas in dupondium dividi, aliàs ſine parte ſcriptus nihil obtineret *§. 6. h.* Idem proportionaliter dicendum, ſi partes expreſſæ Aſſem ſuperent; hic enim rurſus hæreditas in dûpondium dividenda, ita, ut ſine parte ſcripto obveniat illud, quod dupondio deeſt: v. g. teſtator dicit: *Titius hæres eſto in dodrante, Cajus in ſemiſſe: Sempronius hæres eſto:* hoc caſu, quia partes aſſignatæ Aſſem ſuperant, rurſus fit dupondium, & Sempronius obtinebit 9. partes, quæ deductis quindecim Titio & Cajo aſſignatis, ex dupondio remanent. *§. 1. h.* (a) Si autem nulli ſint aſſignatæ partes, hæ-

(a) Quid ſi teſtator ita ſcripſerit: *A. hæres eſto in ſemiſſe, B. in quadrante, C. etiam in quadrante. D. in RELIQUA PARTE hæres eſto?* D. nihil capit, quia aſſe, uti hic, exhauſto, nulla *reliqua pars* ſupereſt, ita Ulpianus *in l. 17. §. 3. ff. h. t.* Secus ſi ſim-

Digitized by Google

reditas dividitur æqualiter *d. §. 6. h.* niſi ex conjunctione alia mens teſtatoris appareat. Ut ſi dixerit: *Cajum & fratris mei filios hæredes inſtituo.* Cajus ſemiſſem, & fratris filii alium ſemiſſem, cùm ſimul ſint vocati, habebunt *l. 11. & 59. §. 2. ff. h. t.* Limita, ſi adjecerit æquis partibûs vel æquè, v.g. *Cajus, & fratris mei filii æquè hæredes ſunto.* Hic quippe fiunt partes viriles ſeu æquales *l. 13. pr. ff. eod.* Quid ſi teſtator hæredes inſtituat in rebus particularibus nulla partium facta mentione? Si unum tantùm ita inſtituat, detrahitur mentio rei particularis, & erit hæres in tota hæreditate *l. 1. §. 4. ff. h. t.* ne teſtator contra *d. l. 7. ff. de R. J.* partim teſtatus, partim inteſtatus decedat. Si verò pluribus ſint relictæ res particulares, de partibus hæreditariis nulla facta mentione v.g. *Titius hæres eſto in mea domo, Cajus in fundo Tuſculano, Mævius in mea Bibliotheca*, res particulares capiunt jure prælegati; reliqua hæreditas autem æqualiter dividitur *l. 9. §. 13. l. 35. in fin. pr. ff. d. t.* Quòd ſi quidam inſtituti ſint in rebus particularibus, alii verò vel ſimpliciter, vel aſſignatis partibûs hæreditariis, ùt ſi teſtator ſcripſerit: *Titius hæres eſto in fundo Tuſculano: Cajus in mea domo: Sempronius & Mævius hæredes ſunto* (id eſt ſine partibus) *vel hæredes ſunto, unus in quadrante, alter in triente:* Hic inſtituti in rebus particularibus capiunt res particulares, ſine onere: agúntque vices legatariorum; hæredes verò ſimpliciter, vel datis partibûs vocati, reſiduum hæreditatis juxta partes ſibi aſſignatas dividunt *l. 13. C. h. t.* Quòd ſi fortè iſti deficerent, hæredes in rebus particularibus vocati, detracta mentione rei particularis (non ut

ſimpliciter dixerit *D. hæres eſto*; hìc, ex dictis, dividitur in dupondium, & D. dimidiam hæreditaris partem capit. Quid ſi vacua parte relicta ita ſcriptum ſit: *Si mihi Sejus* (quem antea non inſtituerat) *hæres non erit, Sempronius hæres eſto.* Num Sempronius partem vacantem poſſit occupare? Affirmabat Pegaſus, ſed Ariſtoni aliiſque, quos ſequitur Ulpianus *in l. 19. ff. d. t.* contrarium placuit, *quia* Sempronio, *pars, quæ nulla eſſet* (nempe hæredis non inſtituti) *aſſignata eſſet.* Quid ſi ita teſtator dixerit: *Titius hæres eſto in fundo Corneliano, Cajus ex fundo Libiano*, & primus fundus dodrantem, alter quadrantem conficiat? Æquis portionibus quidem (ſcilicet detracta mentione rei particularis) ſunt hæredes, ſed officio judicis cuilibet adjudicatur fundus relictus. vid. *l. 35. pr. & 55. ſeqq. ff. eod.* Ubi ſimul colligitur, quantum ſit tribuendum DESTINATIONI.

(a) Quid ſi teſtator ita inſtituat: *Mævius fundi Corneliani hæres eſto: Cajus & Sempronius domûs meæ hæredes ſunto*, & de aliis bonis nil diſpoſuerit? Mævius ſolus ſemiſſem, Cajus & Sempronius, utpote ſimul in re particulari vocati, alium ſemiſſem capient. Ita Javolenus cum Proculo *in l. 11. ff. d. t.* Q❓id ulteriùs, ſi teſtator ita ſcripſerit: *Titius hæres eſto ex dimidia parte fundi Tuſculani: Cajus hæres eſto ex dimidia parte fundi Corneliani*, & de aliis bonis nil diſpoſuerit? *Expeditiùs eſt* (inquit Sabinus apud Paulum *in l. 10. ff. eod.*) *perinde habendum, ac ſi nec fundum nec partes nominâſſet*, & ſic *quaſi non adjectis partibus hæredes ſcripti eſſent.*

Digitized by Google

ùt videri poſſet, jure accreſcendi) admittuntur ad totam hæreditatem *arg. d. l. 1. §. 4. ff. h. t.* Nec enim idem eſt venire jure accreſcendi, vel detracta mentione rei particularis; ſi enim in re particulari inſtitutus illius rei eſſet incapax, altero hærede deficiente, nihil acquireret, ſi indigeret jure accreſcendi, quia ei, qui nihil habet, nihil accreſcit: ſecùs dicendum, ſi detrahatur mentio rei particularis, ùt conſideranti patebit.

Forma inſtitutionis alia eſt ſubſtantialis, alia accidentalis. Subſtantialis conſiſtit in deſignatione hæredis ſignîs exterioribûs ſufficienter expreſſa *l. 15. C. de teſtam.* ut certò de perſona hæredis ex nomine, vel ſigno indubitato (non tamen tali, quod contumeliæ causâ ſolet addi (a) conſtare poſſit *l. 9. §. 8. ff. h. t. arg. l. 62. §. un. ff. eod.* nec directè dependeat ab alterius arbitrio *l. 32. ff. h. t.* Revid. dicta *de teſtam. n. 1.* (b) Dictum fuit: *ſufficienter manifeſtata:* Caveat igitur teſtator ab inſtitutionibus *tam perplexis*, quæ exitum invenire nequeunt, ùt ſi dicat: *Si Titius hæres erit, Mævius hæres eſto, ſi Mævius hæres erit, Titius hæres eſto. l. 16. ff. de condit. inſtit.* Siquidem ſe invicem impediunt, dum utraque inſtitutio ab alterius conditione mutuò dependet. Secùs ſi diceret: *Si Titius hæres erit, Sejus hæres eſto: Titius hæres eſto.* Hic enim adeunte Titio, Sejus quoque hæres erit *l. 3. §. 8. ff. h. t. Voët. ff. eod. num. 27.* *Quàm captatoriis*, quibûs teſtator non ſuam hæreditatem inſtituto relinquere, ſed potiùs ipſius inſtituti ſucceſſionem quærere videtur. Ut ſi diceret: *Ex qua parte Titius me hæredem ſcripſerit, ex ea parte mihi hæres eſto.* vid. *l. 70. & 71. pr. & §. un. ff. d. t.* mox laud. *Voët. l. cit.* 4

Forma accidentalis inſtitutionis ſtat in eo, quòd poſſit fieri purè, vel ſub conditione, aut die. 5

Eſt autem conditio alia Propria, alia Impropria. *Propria* eſt *qualitas negotio ſeu actui adjecta, illum in futurum, & incertum eventum ſuſpendens.* Ut igitur conditio ſit propria, debet actum, cui apponitur ſuſpendere. Uti colligitur ex *l. 36. ff. de R. C. l. 24. §. 1. & 76. pr. & §. 1. ff. de C. & D.* *Impropria, quæ tantùm ſpeciem conditionis præſefert,*

(a) V. G. *Titium illum, qui proditoriè Cajum interemit, qui violentiſſimi ſtupri, aut adulterii ſe reum fecit, hæredem inſtituo.* Hæc tamen contumelioſa deſignatio differt multum ab inſtitutione cum elogio, ſeu maledicto, v. g. Filius meus iniquiſſimus, peſſimè de me meritus hæres eſto, quæ ſuſtinetur; videtur enim pater velle filium ad meliorem frugem reducere. vid. *l. 48. §. 1. ff h. t.*

(b) Cæterùm modò ex circumſtantiis conſtet de voluntate teſtandi, ſufficiunt quæcunque verba congrua, etiamſi ſuperfluant, aut deficiant, v. g. TITIUS HÆRES MIHI ESTO. Superfluit MIHI. Item LUCIUS HÆRES. Deficit ESTO. Sed plus nuncupatum, minus ſcriptum. Item LUCIUS ESTO. Deficit HÆRES. Ulterius: LUCIUS, & nihil ſit additum. Deficit HÆRES ESTO. Præterea: ILLUM HÆREDEM ESSE. Omiſſum eſt JUBEO vel VOLO. His tamen omnibus caſibus inſtitutionem valere, habetur ex Ulpiano in *l. 1. §. 5. & ſeqq. ff. h. t.*

actum tamen non ſuſpendit, ſed purum relinquit, ita, ut vel ſtatim valeat, vel ſtatim nullus ſit. Huc ſpectant I. conditiones de præſenti, vel de præterito *§. 6. de V. O. & l. 10. §. 1. ff. de condit. inſtit.* vel etiam II. de futuro neceſſario *l. 18. ff. de cond. ind.* v. g. *ſi cras ſol oriatur l. 9. §. 1. ff. de novat. Si cœlum digitô non tetigeris*, cujus enim affirmatio eſt impoſſibilis, ejus negatio eſt certò neceſſaria, *vid. l. 8. in fin. ff. de V. O.* Nec
4. non III. conditiones impoſſibiles, quæ rurſus actùm non ſuſpendunt, ſed aut ſtatim vitiant, ùt fit in actibus inter vivos *§. 10. de inut. ſtipul.* (excipe matrimonium) vel vitiantur, ùt contingit in actibus ultimæ voluntatis ex mox dicendis. Quandóque etiam IV. ipſa negotii natura conditionem tacitè importat, ùt ſi legentur fructus futuri, vel id, quod in utero eſt *l. 73. pr. ff. de V. O.* hinc ejusmodi legatum, ſeu promiſſio ex ſe dilationem capit, quæ & ipſæ, cùm ab adjectione hominum non dependeant, non videntur eſſe conditiones propriè dictæ *l. 99. ff. de cond. & demonſt.* Neque expreſſæ magìs, quàm aliàs ſuſpendunt voluntatem *l. 22. §. 1. ff. quando dies, leg. l. 107. ff. de V. O.* (a) Aliter dicendum de tacitis conditionibus, quæ concernunt ipſam voluntatem honorati: v. g. ſi voluerit hæres eſſe, hæ, ſi in hærede ſuo fuerint expreſſæ, actum ſuſpendunt *l. 69. & 86. ff. de hæred. inſt.* (b) Idem dicendum, ſi ſit adjecta legatario, ubi ſi moriatur, antequam voluntatem declaraverit, impeditur tranſmiſſio. *l. 65. §. 1. ff. de leg. 1. l. 69. ff. de C. & D. Voët. ff. de condit. inſtit. num. 3.*

Ex his apparet, conditiones (ſaltem latiùs ſumptas) alias eſſe Poſ-
5. ſibiles, alias Impoſſibiles. *Poſſibiles* ſunt, quarum eventus poteſt exiſtere. *Impoſſibiles*, quarum eventus ſperari non poteſt. Poſſibiles ſunt rurſus triplicis generis, vel Caſuales, vel Poteſtativæ, vel Mixtæ *l. un. §. 7. C. de caduc. toll.* *Caſuales*, quæ vel à mero caſu, ùt *ſi navis ex Aſia ve-*

(a) Inde eſt, quòd ſub ejusmodi conditionibus etiam hæres ſuus poſſit inſtitui, dummodò (poſt *l. 32. C. de inoff. teſtam.*) dilationem non importent. vid. *l. 10. §. 1. ff. de condit. inſt.*

(b) Siquidem, *ſi voluerit*, eſt vera conditio *citt. tt.* juncta *l. 12. ff. de condit. inſt.* eſto ſit poteſtativa. Num igitur poſſit hæredi ſuo adjici? Potuiſſe jure Pandectarum videtur extra dubium, tum per *citt. tt.* tum quòd ſit conditio poteſtativa facilè implebilis, de qua mox dicendum. Utrùm autem id etiam obtineat jure Codicis, non audemus aſſerere; cùm hoc jure legitima nullum planè gravamen admittat. *l. 32. C. de inoff. teſtam.* Eſſet autem gravamen ſatis notabile, dum vix tantùm, ùt volunt, neceſſitatem juri ſuitatis adhærentem tolleret; ſed etiam impediret jus tranſmiſſionis, ſi filius antequam ſuam voluntatem declararet, decederet; ſiquidem ejusmodi inſtitutio adſtringit hæredem ad actualem voluntatis declarationem. *l. 65. §. 1. ff. de legat. 1. l. 69. ff. d. C. & D. Voët. ff. de condit. inſt. n. 3.* Eſt quippe, ex priùs deductis, vera conditio, conſequenter actum uſque ad actualem voluntatem ſuſpendit. Quòd ſi Adverſarii hac conditione non obſtante, neque adimpleta poſſunt, ſalvis juris principiis, tranſmiſſionem admittere, lis inter nos erit ſublata.

Digitized by Google

venerit, vel ſaltem non ab ipſo honorato dependent, ut *Titius hæres eſto, ſi Cajus Capitolium aſcenderit vel ſi conſul factus fuerit.* vid. *l. ult. ff. de condit. inſtit.* (*Poteſtativæ* etiam *promiſcuæ* aliàs dictæ *l. 11. §. 1. ff. de condit. inſt.* quia poſſunt caſu impediri, & ita caſuales fieri, non item viciſſim) quæ dependent à voluntate perſonæ honoratæ; v. g. *Titius hæres eſto, ſi Alexandriam pervenerit; ſi decem Titio dederit l. 4. §. 1. ff. de hæred. inſtitut. Mixtæ* dicuntur, quarum implementum partim dependet, partim non dependet à voluntate perſonæ honoratæ, ut *ſi ſanus ex Italia redieris*, vel *ſi Cajam duxeris*: poteſt enim contingere, ut velit, ſed non poſſit, vel poſſit, ſed non velit redire, vel ut velit Cajam ducere, ſed illa nolit. Videtur quidem vix poſſe aſſignari caſus conditionis merè poteſtativæ, quæ non ſimul aliquid admixtum habeat, quod à voluntate perſonæ honoratæ non dependeat, adeóque, quod in mera ejus poteſtate conſiſtat. Fac enim in hac conditione; *ſi Cajo 100. dederit*, Cajum nolle acceptare, vel antequam daretur, alterutrum mori, vel caſu impediri ad dandum, vel accipiendum, conſequenter dicendum erit, vel omnem conditionem, quæ poteſtativa dicitur eſſe mixtam, vel mixtam debere dici poteſtativam ſimpliciter; indéque fluere, quòd in Pandectis de conditione mixta vix expreſſa occurrat mentio. At quidquid ſit de hac criſi non adeò inepta, ſalvanda tamen eſt diviſio Juſtiniani *in d. l. un. §. 7. C. de cad. toll.* ſiquidem negari non poteſt, dari conditiones, quæ merè *à ſolo caſu*, & etiam, quæ *à poteſtate hominis*, ſeu perſonæ honoratæ dependent, & harum aliquas vel nunquam, vel ſaltem *difficiliùs* ſeu rariùs à caſu impediri, alias verò *faciliùs* pro diverſitate caſuum, uti patet vel ex ſola *l. 4. §. 1. ff. de hæred. inſtit.* ibi: *Puto rectè generaliter definiri, utrùm in poteſtate fuerit conditio, an non fuerit, facti poteſtas eſt, poteſt & hæc: ſi ALEXANDRIAM pervenerit, non eſſe in arbitrio per hyemis conditionem: poteſt & eſſe, ſi ei, qui à primo milliario Alexandriæ agit, fuit impoſita: poteſt & hæc: ſi decem Titio DEDERIT, eſſe in difficili, ſi Titius peregrinetur longinquo itinere: propter quæ ad generalem definitionem recurrendum eſt. Primi* generis conditiones vocamus CASUALES: *ſecundi* POTESTATIVAS: *tertii* MIXTAS.

Conditiones impoſſibiles rurſus ſunt triplicis generis, aliæ videlicet Naturâ, aliæ Factô, aliæ Jure Impoſſibiles. *Naturâ*, quando ejusmodi conditionis implemento ipſa natura repugnat, & quidem vel per ſe, & abſolutè, ut *ſi vulpanſerem, hirco-cervum in dotem dederis.* vid. *l. 16. in fin. ff. de injuſt. rupt. irrit. teſt.* vel per accidens, ſeu ex hypotheſi v. g. *Titius hæres eſto, ſi Stichum & Pamphilum* (qui tempore teſtamenti conditi jam erant mortui) *manumiſerit l. 6. §. fin. ff. de C. & D. ſi Stichus Attiæ mille nummos dederit, liber eſto:* Attia verò jam erat mortuus. 6

l. 39. §. 4. ff. de ſtat. lib. laud. *Voët. l. cit. n. 9.* Idem, ſi conditio falſa ſit, cùm habeatur pro impoſſibili. *vid. l. 72. §. 6. ff. de C. & D.* *Factô*, quando repugnant viribus humanis; v. g. *Si mare ſine nave trajeceris.* *Jure*, quæ legibus, ſeu honeſtati repugnant v. g. *Si adulterium commiſeris, ſi nudus in foro ſaltaveris*, quò etiam ſpectant conditiones Deriſoriæ vid. *leg. 14. & 27. ff. de condit. inſtit.* juncta *l. 113. §. 5. ff. de leg. 1. Hopp. h. ad §. 10.* ubi notes velim, conditiones turpes, & deriſorias tantùm impropriè dici impoſſibiles, cùm propriè deberent dici non poteſtativæ, ùt indicat Papinianus in *l. 15. ff. de condit. inſtit.* ibi: *ac ſi conditio non eſſet in ejus poteſtate.* Nec enim illa conditio propriè dici poteſt impoſſibilis, de cujus implemento jura diſponunt, diſponunt autem in *l. 5. C. de inſtit. & ſubſt.* quò vide. His præmiſsis

7 Dicendum I. Hæredem extraneum poſſe inſtitui ſub quacunque conditione poſſibili *§. 9. Inſt. h.* ita quidem, ut ſi plures conditiones ſint adjectæ, omnibus parere debeat *§. 11. eod.* poteſt enim hæres extraneus planè non inſtitui, multò magis poterit inſtitutus conditione gravari. *arg. l. 21. ff. de R. J.* (a) Eſt tamen in ordine ad implementum, vel defectum conditionis ingens diſcrimen inter conditiones Caſuales, & Poteſtativas, vel etiam Mixtas. Et quidem quoad Implementum in *Caſualibus* nil intereſt, utrùm vivo, vel mortuo teſtatore exiſtant. *Poteſtativæ* verò, ſeu Mixtæ poſt mortem teſtatoris impleri debent. *l. 11. §. 1. ff. de C. & D.* rationem aſſignat Ulpianus *in l. 2. ff. d. t.* ibi: *nam ut paruiſſe quis conditioni videatur, etiam ſcire debent hanc conditionem inſertam: nam ſi facto* (id eſt caſualiter) *fecerit, non videtur obtemperare voluntati*, ſcire autem non pòteſt, niſi poſt mortem teſtatoris; cùm ambulatoria ſit voluntas hominis uſque ad extremum vitæ ſpiritum *l. 4. ff. de adim. vel trans. leg. Hopp. ad §. 9. h.* Limitanda eſt regula: ſi ſit talis conditio, quæ iterari non poſſit v. g. *Si filia mea nupſerit. l. 10. ff. eod. & l. 7. C. de inſtit. & ſubſtit.* vel niſi natura negotii aliter exigat. v. g. *Titia,* ſi

(a) Quid ſi teſtator dixerit: *Titius hæres eſto ſub conditionibus infrà-ſcriptis.* Et infra nihil reperiatur? Inſtitutio habetur pro pura. *l. pen. C. de inſtit. & ſubſtitut.* Secùs dicendum, ſi certam conditionem deſtinâſſet inſerere, & (fortè per errorem vel tabellionis, vel etiam ipſius teſtatoris) non inveniatur inſerta, hic quippe inſtitutio eſt nulla. vid. *l. 9. §. 9. ff. h. t.* Quid de hac inſtitutione dicendum? *Sempronius hæres eſto, ſi juraverit, Titio amico meo ſe daturum centum?* Adjectio juramenti, ut fruſtratiea, & comite deſtituta, vitiatur. *l. 20. ff. de cond. & demonſtr.* Qua enim ratione hæres ad juramentum adſtringitur? Vel dat ille centum, vel non? Si prius erit hæres, ſi poſterius non erit. jung. *l. 8. pr. & §. 6. ff. de condit. inſtit.* Quid ſi dixerit: *Titius hæres eſto in parte dimidia* (adeoque purè) *in alia parte dimidia hæres eſto, ſi navis ex Aſia venerit?* Eſt ſtatim & in ſolidum hæres, quamvis conditio deficiat. *l. 33. ff. h. arg. l. 7. ff. de R. J.* jung. *l. 52. §. 1. ff. de A. V. O. H. & l. 27. §. 1. ff. h. t.*

Digitized by Google

ſi mihi nupſerit, heres eſto. vid. textus notabilis in *l. 91. ff. de C. & D.* In ordine ad Defectum rurſus lata intercedit diſcrepantia, quòd conditio caſualis, quomodocunque deficiat, inſtitutionem, vel diſpoſitionem eidem alligatam impediat *arg. l. 8. ff. de per. & com. rei vend. l. 37. ff. de contr. empt.* In poteſtativa verò diſtinguendum, utrùm honoratus conditioni parere noluerit, an non potuerit; ſi prius conditio unacum negotio principali deficit, hoc ipſo, quòd conditionem, cui voluntas teſtatoris erat alligata, implere honoratus recuſaverit: ſi poſterius, videndum, utrùm paratus conditioni parere factò hominis impediatur, vel caſu: *ſi facto hominis*, conditio habetur pro impleta *l. 34. §. 4. ff. de leg. 2. l. 13. pr. & §. 1. ff. de ann. leg. l. 40. pr. l. 57. & 84. ff. de C. & D.* ùt ſi teſtator dixerit: *Cajus hæres eſto, ſi cohæredi ſuo centum dederit*, vel *ſi Cajam duxerit*, cohæres autem vel noluit accipere, vel Caja noluit nubere: *vid. l. 5. ff. quand. dies leg.* Idem dicendum, ſi caſu (ſuperveniente tamen, dum adhuc vivit teſtator) conditioni parere fuerit impeditus: Pone teſtatorem dixiſſe: *Cajus hæres eſto, ſi Stichum manumiſerit.* Stichus autem vivo teſtatore moriatur, nemo dicet, eum *(Cajum)* ſubmovendum; non videtur enim defectus conditione, ſi parere conditioni non poſſit, eſt effatum Ulpiani in *l. 8. §. 7. ff. de condit. inſtit.* cui adſtipulatur Pomponius *in l. 54. §. 1. & 2. ff. de leg. 1.* Quòd ſi honoratus poſt mortem teſtatoris conditionem implere caſu fuerit impeditus, ultima diſpoſitio deficit. Ita intellige Africanum prioribus aliàs è diametro contradicentem in *l. 31. ff. de condit. & demonſt.* ibi: *nam cùm ubi ita legatum ſit: Titio, ſi Sejam uxorem duxerit, hæres meus 100. dato: ſi quidem Seja moriatur defectus conditione intelligitur: & ſi ipſe decedat, nihil ad hæredem ſuum eum transmittere, quia morte ejus conditio defeciſſe intelligitur: utroque autem vivente, ſiquidem ipſe nolit uxorem ducere, quia ipſius facto conditio deficit, nihil ex legato conſequitur, muliere autem nolente nubere, cùm ipſe paratus eſſet, legatum ei debetur.* Sed quænam inter hunc & priorem caſum diverſitas, cùm in utroque penes honoratum non ſteterit, quò minùs conditioni pareret. Diſparitatem aſſignat *Voët. d. l. num. 20. & 21.* quia ſi conditio poteſtativa vivo teſtatore caſu impediatur, nec teſtator, ſciens, ſuam voluntatem mutaverit, præſumitur conditionem remittere: quod dici non poteſt, ſi primùm poſt mortem fiat impoſſibilis. Alii ajunt, quia in priori caſu conditio fit impoſſibilis vivo teſtatore; conditiones autem impoſſibiles in actibus ultimæ voluntatis ex infrà dicendis vitiantur: in altero verò caſu conditio, à qua teſtamentum per mortem teſtatoris qualificatur, erat tempore mortis adhuc poſſibilis: adeóque niſi impleatur, deficit diſpoſitio teſtamentaria conditioni alligata: Subſtat hæc diverſitatis ratio ſuis difficul-

Digitized by Google

ſiculatibus, quibus nos implicare non patitur præſens inſtitutum, adeóque magis ad rem circa conditionem poſſibilem notari oportet, quòd, ſi ſit negativè adjecta v. g. *Titius hæres eſto, ſi capitolium non aſcenderit*, admittatur hæres ad hæreditatem ſub cautione Mutiana, quæ cavere debet honoratus, ſe reſtituturum hæreditatem, ſi conditioni contravenerit *l. 7. l. 18. l. 79. §. 3. ff. de C. & D.* quæ tamen non obtinet in actibus inter vivos, utpote in quibus eventus exſpectandus eſt *§. 4. inſtit. de V. O. l. 115. §. 1. ff. eod.* latè *Voët. de condit. inſtit. n. 6. & 7.*

8 Dicendum II. Hæredem ſuum nempe filium ſub nulla alia conditione poſſibili poſſe inſtitui, quàm (ſaltem jure ante-Juſtinianeo) ſub poteſtativa *l. 4. l. 86. ff. b. t.* eáque non difficili, quæ fortè poſſet impediri *l. 4. C. de inſtit. & ſubſtit.* ſi enim filius inſtitueretur ſub conditione caſuali, vel poteſtativa difficili, ſeu fato impedibili, nec ſub contraria foret exhæredatus, eſſet in caſum deficientis conditionis ſine ſua culpa præteritus, præteritionem autem filii (ſecùs olim de nepotibus, & filiabus *vid.* præter ſuperiùs dicta *l. 6. §. 1. ff. de hæred. inſt.*) reddere teſtamentum ipſo jure nullum, didicimus *tit. priori.* Porrò ſi filius ſub ejusmodi conditione poteſtativa inſtitutus conditioni non paruerit, cenſetur hæreditatem repudiare. *l. 13. ff. de leg. præſt.* conſequenter hæreditas vel ad cohæredem, vel ad ſubſtitutum, ſi habeat, vel ad alios hæredes ab inteſtato devolvetur. Quòd ſi caſu fuerit impeditus (poſſe enim omnem poteſtativam caſu impediri, ſuprà notavimus) inſtitutio interim valida vitiabitur. Ita intelligimus *d. l. 4. 5. & 6. ff. de hæred. inſt. l. fin. ff. de condit. inſtit. junct. cit. l. 4. C. de inſtit. & ſubſt.* Dixi ſuprà: *ſaltem Jure ante-Juſtinianeo.* Jure quippe Juſtinianeo ſecernenda videtur legitima ab aliis bonis. In legitima ſub nulla conditione, neque facilè implebili poteſt filius inſtitui, quia legitima gravamen non recipit. *l. 32. C de inoff. teſtam.* Eſſet autem gravamen, ſi priùs conditio, etiam facillima, foret adimplenda, quia impediretur transmiſſio, ſi filius ante implementum decederet. *Brunn. ad l. 4. ff. b. t. n. 3. Hopp. ad §. 9. b.* (a)

Di-

(a) Quid de aliis bonis? Dicunt, poſſe, ſicut extraneus, ſub quacunque conditione inſtitui, *citt. Hopp. & Brunn.* cum aliis paſſim (1.) quia hoc ipſo, quod pater ultra legitimam nihil debeat, in aliis bonis filius habetur pro extraneo. (2.) Poteſtativa conditio ſolùm rejicitur à legitima, in reliquis verò ſuſtinetur, conſequenter erit idem de caſuali ac mixta dicendum. (3.) Poſtquam Imp. à legitima omnem conditionem & gravamen rejecit, ita ut habeatur pro non adjectis, facilè apparet, voluiſſe immutare totam naturam inſtitutionis conditionatæ ita, ut quoad legitimam vitietur conditio, quoad alia debeat impleri, aliàs à cohærede, vel ſubſtituto (ſi enim ſolus ſit aliunde totam hæreditatem capit per notata ſuperius *ad n. 7.*) excludendus. (4.) Hoc ipſo, quod *in l. 30. C. de inoff. teſt.* ideo dederit actionem ad ſupplementum, ut pro omnibus caſibus obviaretur querelæ inofficioſi teſtamenti ibi: *In caſibus,*

Dicendum III. conditiones impoſſibiles ſive naturâ, ſive factô (a) 9
(abſolutè tales) ſive jure impoſſibiles vitiantur, id eſt, rejiciuntur, & habentur pro non adjectis, ſeu pro non ſcriptis *§. 10. b. Impoſſibilis conditio* (ſunt verba textûs) *In inſtitutionibus, & legatis, nec non fideicommiſſis & libertatibus pro non ſcripta habetur.* Verba ejuſdem tenoris habentur *in l. 16. in fin. ff. de injuſt. rupt. irrit. l. 20. l. 104. §. 1. ff. de C. & D.* Idem habetur de conditionibus jure impoſſibilibus *in l. 14. ff. de condit. inſtit.* quæ tamen, utpote de ſe abſolutè loquendo poſſibiles meliùs dicuntur *à legibus, ſeu à Prætore remitti l. 7. l. 8. §. 4. l. 9. ff. d. t.* Dixi: *de facto abſolutè tales*, ſi enim ſit conditio impoſſibilis de facto, ſed tantùm reſpectu unius, vel alterius, ut ſi homo claudus inſtituatur ſub conditione: *Si longinquam peregrinationem peregerit*, impleri debet, aliàs inſtitutio vitiabitur *l. 4. §. 1. ff. de ſtatu lib. Hopp. ad §. 10. b.* (b)

bus, in quibus de inofficioſis teſtamentis, VEL ALIO MODO ſubvertendis &c. voluit etiam quoad bona præter legitimam defuncti voluntatem etiam conditionatam ſubſiſtere. Verùm dicuntur iſta, ſed minimè probantur. Siquidem omnes conditiones qualeſcunque demum (excepta poteſtativa facilè implebili) hæredi ſuo adjectas vitiâſſe totam inſtitutionem, ex omnium ſententia certum eſt: Hoc autem immutatum eſſe (niſi quòd conditio qualiscunque; hinc etiam poteſtativa legitimæ adjecta vitietur) nullibi legitur; conſequenter manebit diſpoſitio juris veteris, quòd aliæ conditiones, uti antea, totam hæredis ſui inſtitutionem evertant. Imperator namque per Novellas conſtitutiones filiorum conditionem nullatenus deteriorem, ſed meliorem facere voluit. Unde inſtantia de poteſtativa ad alias conditiones non facit ad rem; cùm illa nunquam fuerit reprobata, & tantùm jure Codicis quoad legitimam (quoad reliqua bona manet in ſuo robore *arg. d. l. 32. & 36. C de inoff. teſtam.*) rejecta. Reliqua pro ſententia contraria adducta, utpote meris conjecturis ad correctionem juris aliàs odioſam non ſufficientibus ſubnixa, ſuo pondere evaneſcunt. Diſtinctim ea elidit *Clariſſ. & Conſultiſſ. Coll. de Schloeg. cit. tr. c. 1. §. 1. n. 58.* quò vide.

(a) Quid ſi teſtator crediderit conditionem adjectam eſſe poſſibilem? Ea non impleta vitiatur inſtitutio *arg. l. 4 §. 1. ff. de ſtat. lib.* In dubio tamen non præſumitur teſtator ignorâſſe naturam conditionis; hinc, niſi expreſſerit, ſe credere, conditionem eſſe poſſibilem, ab aſſerente, qui inſtitutionem evaneſcere contendit, probandum eſt. vid. *Stryck. de caut. teſtam. c. 16. §. 33.*

(b) Quid dicendum de cautionibus: ſi à nuptiis abſtinuerit? Si honorato perpetuus cœlibatus ſit injunctus, conditio vitiatur tanquam bono, & utilitati publicæ repugnans: ſecùs, ſi ad certum tempus v. g. ſi intra triennium, vel ad certum locum, vel certas perſonas ſit reſtricta. vid *l. 63. §. ult. l. 64. pr. & §. 1. l. 72. §. 5. l. 74.* & notabiliter *l. 100 ff. de C. & D.* Nec non *l. 79. § ult. ff. eod.* Quid de conditione, qua viduitas injungitur, ſentiendum? Talis conditio valet, & ideo implenda, vid. *l. 2. C. de ind. vidait.* nec aliter ad hæreditatem (idem de legato &c.) admittetur vocatus, niſi præſtita cautione Mutiana. Ita quidem, ut ſi poſtea (ceu poteſt) nupſerit, amittat ea, quæ ſub tali conditione relicta ſunt. Huc faciunt textus *in Nov. 22. c. 43. & 44. pr. & §. 8.* Cur hic non vitiatur conditio? quia ſemel nubendo jam ſa-

Digitized by Google

Excipitur à data regula filius ſub poteſtate teſtatoris conſtitutus, cujus reſpectu conditio de jure impoſſibilis teſtamentum vitiat ob textum Papiniani aureis litteris notandum in *l. 15. ff. de condit. inſt.* ibi: *Filius, qui fuit in poteſtate ſub conditione ſcriptus hæres, quam Senatus aut Princeps improbant, teſtamentum infirmet patris, ac ſi conditio non eſſet in ejus poteſtate; nam, quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, & ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos poſſe credendum eſt.* Ratio autem, quòd conditio impoſſibilis *de jure* filio adjecta teſtamentum irritet, hæc eſſe videtur, quia hoc modo tantùm punitur temeritas patris, ejúsque voluntas annullatur, nec filio, qui aliundè venit ab inteſtato, hoc nocet. Secùs foret dicendum, ſi conditio impoſſibilis extraneo adjecta teſtamentum nullum redderet; ibi enim non tantùm improbitas teſtatoris, ſed etiam hæres, ſine ſua culpa tamen, privaretur hæreditate, cùm ab inteſtato venire non poſſet. Exinde etiam fluit differentia, cur conditiones impoſſibiles actus inter vivos vitient *§. 10. de inut. ſtipul.* non item ultimæ voluntatis, quia in his honorato nil poteſt imputari, quòd talem conditionem acceptaverit, non enim requiritur ejus acceptatio. Econtra in actibus inter vivos, ubi acceptatione opus eſt, creditori imputari poteſt, quòd talem conditionem admiſerit. Hinc meritò etiam ejus temeritas punienda.

10 Dictum fuit ſuprà, poſſe inſtitutionem fieri *ſub die*, intellige, de die incerto, *an & quando* ſit venturus, v g. *quando navis ex Aſia venerit: quando Conſul factus fuerit*, vel etiam de incerto, *an* ſit exſtiturus: pone, *ſi majorennis evaſerit.* Ejuſmodi enim dies habentur pro conditionibus *l. 75. ff. de C. & D. l. 4. pr. ff. quand. dies leg. ced.* Idem dicendum, ſi dies ſit incertus tantùm, *Quando*, ſed extraneo, non ipſi honorato adjectus *l. 9. C. h. t.* v. g. *Titius hæres eſto, quando ejus pater morietur.* Incertum enim eſt, an non Titius ſit ante Patrem moriturus. *d. l. 4. §. 1. ff. quand. dies leg. l. 79. pr. & §. 1. ff. de C. & D.* Quòd ſi ſit ipſi perſonæ honoratæ adjectus, puta hæredi, vel legatario, v. g. *Titius hæres eſto, quando morietur*, dies vitiatur, quia fruſtra exſpectatur, quod de-

tisfeciſſe videtur bono publico. jung. *Voët. de condit. inſtit. n. 12. & ſeqq.* Cæterùm quòd conditio reſpectivè tantùm impoſſibilis non vitietur; ſed debeat impleri *d. l. 4. §. 1. ff. de ſtat. lib.* Obſtat è diametro *l. 6. ff. de condit. inſtit.* ubi conditio: *Si intra triduum monumentum conficiat*, tanquam ſaltem reſpectivè impoſſibilis, rejicitur. Quis autem credat, id haberi pro impoſſibili, quod omnes facere (nimirum monumentum intra triduum) poſſunt? Supponit JCtus circumſtantias, ubi planè fuiſſet impoſſibile *intra triduum proximum à tempore mortis* conficere monumentum. Pone hæredem non potuiſſe intra tam breve ſpatium ſibi de materia proſpicere, vel non habuiſſe notitiam inſtitutionis. Nec etiam tam facilis eſt confectio cujuſdam pretioſi monumenti, ſecundùm ſubſtantiam & dignitatem defuncti (de quo *in l. 27. ff. h. t.* fit mentio) exſtruendi.

Digitized by Google

deficere non poteſt. *arg. l. 9. §. 1. ff. de novat. D.D. Franz p. m. h. t. n. 15.* Idem (ſed ex alia ratione) ſentiendum de die certo, quem, ſive adjiciatur per modum termini, *à quo* v. g. *Cajus hæres eſto ex Calendis Auguſti*, ſive per modum termini, *ad quem* v. g. *hæres eſto usque ad Calendas Auguſti* vitiari, atque pro ſupervacuo haberi placuit, & perinde eſſe; ac ſi hæres purè inſtitutus eſſet *§. 9 h.* Ratio eſt, quia paganus neque quoad tempus poteſt decedere partim teſtatus, partim inteſtatus, utroque autem caſu decederet teſtatus & inteſtatus, & quidem *in primo* usque ad Calendas Auguſti *inteſtatus*, non enim dies certus (uti conditio *l. 26. ff. de condit. inſtit.*) poteſt fictione juris retrotrahi, cùm habeat fixam ſedem; poſt Calendas Auguſti verò *teſtatus: In altero* decederet usque ad Calendas Auguſti *teſtatus*, pòſt verò *inteſtatus*, quod etiam alia ratione implicat, quia ſemel hæres ſemper hæres *l. 87. ff. h. l. 7. §. 10. ff. de min.*

Effectus & Contraria inſtitutionis occurrent infra *tit. 17. & duobus ſeqq.* hic ſeriem interrumpit, ſeu potiùs ſedem præoccupat

TITULUS XV.

De vulgari Subſtitutione.

CUm Romani eſſent nimiùm quantùm ſolliciti, ut civium teſtamenta tum ob conditiones hæredi impoſitas, quas impleri deſiderabant, tum, ne ſacra privata interirent, effectum ſortirentur, non tantùm permiſſum erat ſibi in defectum hæredis primi de alio hærede proſpicere, ac alios, atque alios ſubſtituere, unde orta ſubſtitutio VULGARIS, quæ vulgò, id eſt, à quocunque, fieri dicitur, ſed etiam quandoque pro alio teſtamentum facere, & exinde derivatur ſubſtitutio PUPILLARIS.

Eſt autem ſubſtitutio vulgaris *ſecundi, vel ulterioris hæredis inſtitutio in defectum primi, vel ulterioris gradûs facta. princ. h. & l. 43. §. 2. in fin. ff. h. t.*

Dividunt nonnulli teſtante *Hopp. ad cit. princ.* in Directam & Obliquam, ſeu Fideicommiſſariam. *Illa* eſt, quæ fit verbis directis, ſeu ubi hæreditas rectâ viâ à teſtatore ad ſubſtitutum pervenit *l. 1. ff. d. t. Iſta*, quæ fit verbis obliquis, ſeu precativis, ita, ut hæreditas non immediatè è teſtatore, ſed ab hærede rogato capiatur *l. 6. §. 5. ff. ad S. C. Treb* hinc in ſubſtitutione fideicommiſſaria requiritur aditio, ita, ut bona à fiduciario ad fideicommiſſarium devolvantur, non item in ſubſtitutióne directa. vid. notabilis caſus, quid in effectu interſit, apud *Hub ff. h. n. 12.* Illa tantùm fieri poteſt in teſtamento *princ. h.* & in dubio fa- 1

ſta præſumitur. Hæc etiam in Codicillis obtinet *arg. §. 2. de Codicill.* In illa tota hæreditas tranſit ad ſubſtitutum: in hac detrahitur ipſi quarta Trebell. *arg. §. 7. de fideicomm. hæred.* In illa competit ſubſtituto jus accreſcendi, quamvis ſubſtituti non ſint conjuncti *arg. l. 53. §. 1. ff. de A. v. O. H.* In hac non, niſi ſubſtituti ſint conjuncti, quia in hac portio non vacat, ſed remanet penes hæredem inſtitutum. *Hopp. ubi ſuprà.*

Subſtitutio verò talis, ſeu directa, alia eſt Expreſſa, alia Tacita. *Prior*, quæ fit verbis expreſſis: *Titius hæres eſto, ſi Titius hæres non erit, Cajus hæres eſto.* *Poſterior*, quæ continetur ſub pupillari expreſſa *l. 4. ff. b. t.* de qua *tit. ſeq.*

2 *Cauſa efficiens* eſt ſubſtituens: ſubſtituere poteſt, qui inſtituere.

Subjectum eſt hæres tum cui, tum qui ſubſtituitur, deductô argumentô ab inſtitutione. Poteſt autem ſubſtitui omnibus hæredibus, (a) & pariter omnis ſubſtitui, qui aliàs inſtitui, ita quidem, ut poſſint uni plures, vel pluribus unus, aut plures (quo caſu tamen, niſi in ſpecie cuilibet ſit ſubſtitutus, vel ſubſtituti, debent omnes inſtituti deficere *arg. l. 23. & 30. ff. b. t. & l. pen. C. de impub. & aliis ſubſt.* jus enim accreſcendi in ejusmodi caſibus prævalet. *Voët. ff. ibi n. 6.*) vel plures pluribus, vel etiam ſinguli ſingulis, id eſt, cuilibet certo hæredi alius certus: Nec non ipſi hæredes invicem ſubſtitui. v. g. *Titius, Cajus, Sempronius, Mævius hæredes ſunto, bósque invicem ſubſtituo.*

Rogas hic, quemnam hæc reciproca ſubſtitutio effectum habeat, cùm cohæredes in deficientium partes aliunde jure accreſcendi ſuccedant? Hodie nullum, (b) ùt benè probat *Thomaſ. ad Hub. h. n. 2.* olim autem hæc ſubſtitutio deſerviebat ad impediendum jus caducitatis: Pone inter cohæredes unum fuiſſe cœlibem, ſi intra centum dies uxorem non duxerat, ejus portio fiebat caduca. Ulpian. in *Frag. tit. 17.* & non cohæredibus jure accreſcendi, ſed Fiſco, niſi illi ſibi invicem fuerint ſubſtituti, acquirebatur. Quòd ſi in partibus inæqualibus ſint inſtituti, & unus

(a) Num hæredi ſuo; cùm ſemper & ipſo jure hæres ſit? Etiam, quia poteſt vel mori ante patrem, vel etiam ùt ſuus abſtinere; &, ſi habeat ſubſtitutum, ex neceſſario hærede (ſalvo, quoad reliqua jure ſuitatis *arg. l. 42. ff. de A. v. O. H. l. 44. ff. de re jud.*) fit, & quidem abſque beneficio Prætoris, adeóque jure civili, voluntarius. *l. 4. l. 86. pr. ff. de hæred. inſtit. arg. l. 12. ff. de condit. inſtit.* Hinc non obſtat, quod eſto abſtineat, nihilominus maneat hæres. *l. 1. §. 5. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* nec unquam hærede deſtituatur, qui ſuum hæredem habet. *l. 30. §. 10. ff. de fideicommiſſ. libert.* Nam tantùm manet hæres nuda juris ſubtilitate; non item effectivè. vid. *l. fin. ff. de A. v. O. H.*

(b) Imò & hodie habet: debet quippe in parte jure ſubſtitutionis obtenta carere falcidia, ſi ſit gravata, dummodò propria ſufficiat, quia illam habet ex voluntate expreſſa defuncti, & ita confunduntur *arg. l. 87. §. fin. ff. ad L. falcid.* Videantur à nobis dicta infrà *ad tit. tit. n. 3.*

Digitized by Google

unus deficiat, pars deficiens accreſcit reliquis proportionaliter, ita, ut qui plus habet in inſtitutione, etiam plus obtineat in ſubſtitutione, cùm teſtator cenſeatur ita dilexiſſe in ſecundo gradu, ſicut in primo: Puta: Titius in *ſextante*, Cajus in *triente* inſtitutus eſt. Cajus in parte tertii deficientis alterum tantùm capit, quàm Titius, quia in altero tanto fuit inſtitutus *§. 2. Inſt. h.* Limitatur, ſi clarè conſtet de voluntate teſtatoris contraria *l. 24. ff. h. t.* quam colligi volunt, ſi teſtator in ſubſtitutione non nominibùs appellativìs v. g. *Si primus non erit hæres*, *ISTE*, & *ILLE*, *vel TERTIUS & QUARTUS. Sed propriis*, v. g. *ſi TITIUS non erit hæres*, *SEMPRONIUS & CAJUS hæredes ſunto*, uſus fuerit *l. 24. ff. ad S. C. Treb.* perſonarum enim enumeratio videtur cohæredes exæquare, ùt ait Neratius in *l. 124. ff. de leg. 1. Vinn. ad d. §. 2. num. 2.* Vel etiam ſi ſubſtitutos æqualiter oneraverit *l. 23. ff. ad SC. Treb.*

Objectum eſt hæreditas, quæ ſubſtituto in caſum deficientis inſtituti relinquitur.

Forma conſiſtit in formula, quâ ſubſtitutio vulgaris concipi ſolet. Eſt autem regulariter talis: *Titius hæres eſto, ſi Titius hæres non erit, Cajus hæres eſto.* Hæc formula generalis eſt, & comprehendit caſum tum noluntatis, tum impotentiæ, ita ut ſive inſtitutus noluerit, ſive non potuerit eſſe hæres, admittatur ſubſtitutus.

Quid autem, ſi teſtator unum caſum expreſſerit, v. g. *Titius hæres eſto, ſi Titius hæres eſſe noluerit, Cajus hæres eſto*, num hic caſus etiam comprehendat caſum impotentiæ (vel viciſſim) ita, ſi Titius voluiſſet quidem, ſed fortè deportatus, non potuiſſet, an tamen admittatur ſubſtitutus? Authores pro utraque ſententia videri poſſunt apud *Clariſſim. DD. Franz h. n. 18. & 19.* Nobis certum eſt, ſententiam negativam eſſe in poſſeſſione, quia caſus noluntatis neque ex natura ſua, neque ex diſpoſitione juris involvit caſum impotentiæ, vel viciſſim: Non ex natura ſua, quia aliud eſt non velle, & aliud non poſſe juxta vulgatum: *Multi volunt, qui non poſſunt, multi poſſunt, qui non volunt.* Sunt enim caſus nullatenus ſimiles, ſed prorſus diverſi, ac diſparati. Non ex diſpoſitione Juris, quia textus hactenus non eſt adductus, qui fingat caſum unum alium involvere, imò potiùs contrarium eruitur *ex l. 101. pr. ff. de C. & D.* ubi caſus noluntatis expreſsè excludit caſum impotentiæ.

Nec obſtat I. quòd caſus mortis involvat caſum deportationis, emancipationis, utpote ſibi ſimiles *l. 29. §. 5. ff. de lib. & poſth. l. 3. C. de inſtit. & ſubſtit.* II. quòd ſubſtitutio vulgaris involvat pupillarem & viciſſim III. quòd inſtitutio facta in caſum, quo poſthumus natus non fuerit, extendatur ad caſum, quo natus fuit, ſed in impubertate deceſſit *l. ult. C. d. t.* IV. quòd poſthumus inſtitutus ſub conditione, *ſi me mor-*

tuo intra decem menſes naſcatur, cenſeatur etiam inſtitutus pro caſu, *quo me vivo naſcitur l.fin. C. de poſt. hæred. inſt.* Nam ad hos, & quotquot adduci poſſunt ejusmodi, caſus generaliter reſponderi poteſt, eſſe caſus vel ſimiles, vel ſpeciales, qui ad alios planè diſparatos, ac diverſos tam parùm trahì poſſunt, quàm parùm caſus enarratos crederemus, niſi eſſent in textibus fundati: Adducatur textus ſimilis de caſu noluntatis, & impotentiæ, & nos victos fatebimur: ſecùs retrahit communis doctrina, fictiones *juris*, non *hominis* eſſe. Nondum ad ſequelam trahis, ſi dicas, caſum noluntatis ex præſumpta voluntate teſtatoris involvere caſum impotentiæ & vice verſa; voluit enim teſtator in caſum deficientis primi hæredis habere ſubſtitutum. Siquidem hanc voluntatem præſumptam vel deſumis ex verbis vel ex diſpoſitione legis, vel fortè, ùt imaginor, ex identitate rationis: non primum, aut ſecundum, quia certum eſt unum caſum neque ex nativa, neque ex juridica ſignificatione alterum comprehendere, cùm ſint caſus toto cœlo diverſi, textúsque deficiat: non tertium, quia utique alia eſt ratio noluntatis, alia impotentiæ non tantùm in ſe, ùt notum eſt, ſed etiam reſpectu teſtatoris, qui fortè ideo, ùt optimè advertit *cit. D.D. Franz ubi ſupra*, expreſſit caſùm noluntatis, ut ſubſtitutus ſucceſſionem ſuam etiam voluntati inſtituti referret in acceptis, illíque hunc obſtringeret; ita, ut ultra hunc caſum non ſubſtitutum, ſed hæredes ab inteſtato pro caſu ſcilicet impotentiæ prædilexerit.

Cæterùm hæc formula, *ſi hæres non erit* pro qualitate hæredum inſtitutorum alium & alium ſenſum obtinet: in hærede extraneo, qui ſui juris eſt, facit hunc ſenſum, *ſi neque ipſe hæreditatem adierit, neque alium mutata conditione ſeu ſtatu* (fortè, quòd ſe daret arrogandum) *hæredem fecerit*. In extraneo hærede, qui alieni juris tunc eſt, operatur hunc ſenſum: *ſi non acquiſiverit hæreditatem ei, cujus juri ſubjectus eſt* v. g. patri, *vel mutata conditione* (fortè poſtea emancipatus) *ipſe hæreditatem ſibi nactus fuerit. §. fin. h. l. 40. ff. eod.* In hærede ſuo hoc ſignificat: *ſi ſe hæreditati paternæ non immiſcuerit*: non enim ſignificare poteſt: *ſi hæres non erit.* Cùm hæres ſuus ipsò jure ſit hæres, adeóque habens hæredem ſuum nunquam dicitur ſine hærede decedere *l. 30. §. 10. de fideicom. libert.* hæc tamen nudi hæredis exiſtentia non excludit ſubſtitutum, ſed immixtio, utì in extraneo aditio. *Vinn. ad pr. h. n. 4.*

4 Effectus ſubſtitutionis vulgaris eſt I. quòd deficiente hærede, cui alter ſubſtitutus eſt, admittatur ipſe ſubſtitutus. II. quod expreſſa vulgaris contineat pupillarem. *l. 4. ff. h. t.* III quòd ex hærede ſuo & neceſſario, ſalvo tamen jure ſuitatis, faciat voluntarium *l. 12. ff. de cond. inſtit.* & IV. denique, quòd ſubſtitutus ſubſtituto, ſit etiam ſubſtitutus inſtituto, adeóque, ſi ſubſtitutus decedat ante delatam ſibi per repudiationem

Digitized by Google

nem inſtituti hæreditatem, & poſtea inſtitutus repudiet, admittitur ſecundò-ſubſtitutus *l. 27. & 41. ff. b. t.* Pone teſtatorem ita dixiſſe, *Cajus, Mævius, & Titius hæredes ſunto, ſi Cajus hæres non erit, Mævius hæres eſto, ſi Mævius hæres non erit, Sempronius hæres eſto.* Hic, ſi Mævius ante Cajum deficiat, & poſtea decedat Cajus, admittitur Sempronius non tantùm ad partem Mævii, cui fuit ſubſtitutus, ſed etiam ad *totam* partem Caji, non ut quidam volunt, jure accreſcendi, ſed jure ſubſtitutionis, ſi enim jure accreſcendi veniret, deberet ſimul admittere Titium Caji cohæredem *§. 3. b.* & fundatè *ibid. Vinn. n. 1.* Excipitur tamen à data regula ſubſtitutio pupillaris, ubi ſubſtitutum ſubſtituto non cenſeri ſubſtitutum inſtituto, decidit Scævola *in l. 47. ff. b. t.* Ratio diverſitatis eſſe poteſt, tum, quia ſubſtitutio pupillaris contra communes juris regulas eſt recepta, unde non, uti vulgaris, amplianda, tum, quia in ſubſtitutione pupillari, ùt *tit. ſeq.* videbimus, ſunt duo quaſi teſtamenta, duæque hæreditates, una patris, altera filii, conſequenter ſine abſurdo una, ſcilicet *patris*, poterit ſecundo-ſubſtituto, filii verò *hæredibus ab inteſtato* obvenire citra metum, ut in eadem hæreditate emergat ſucceſſio partim teſtamentaria, partim ab inteſtato. Quamvis non deſint, qui exiſtimant, datam regulam etiam obtinere in ſubſtitutione pupillari, eſſe autem in *d. l. 47.* caſum ſpecialem, ubi ſecundò-ſubſtitutus erat ſubſtitutus ſubſtitutæ filiæ in inſtitutione exhæredatæ, ùt legenti textum patebit.

Controvertitur, num ſubſtitutus excludat patrem filiifamilias inſtituti, ſi iſte hæreditatem repudiet. Ratio dubitandi eſt, quia in *l. ult. C. de bon. quæ lib.* filiofam. recuſante datur patri facultas adeundi hæreditatem. Neque enim filius hæreditatem repudiâſſe intelligitur, ubi pater, qui eadem cum filio eſt perſona, adire noluit, imò adivit, & perinde ſe habet, ac ſi fuiſſet ab initio hæres inſtitutus *d. l. fin. §. 1. C. de bon. quæ lib.* Ita *Voet. loc. cit. n. 5.* Verùm liceat, pace hujus viri, ac aliorum, ſentire contrarium; equidem pater vocatur ex diſpoſitione legis, ſubſtitutus econtra ex diſpoſitione expreſſa teſtatoris, diſpoſitio autem teſtatoris, juxta quam conditiones præprimis regulandæ ſunt *l. 19. pr. ff. de C. & D.* facit ceſſare diſpoſitionem legis, *arg. l. ult. C. de pact. convent.* Neque contrarium evincunt fundamenta Voëtii, cùm illa tantùm procedant, ſi non adſit ſubſtitutus, adeóque tantùm in præjudicium hæredum ab inteſtato, qui pariter tantùm ex diſpoſitione legis in defectum voluntatis expreſſæ admittuntur. Quòd autem dicatur, filium non repudiâſſe hoc ipſo, quòd pater adiverit, cùm habeantur pro una perſona; patitur inverſionem, éſtque argumentum primò occupantis, cùm æquè liceat dicere: filius repudiavit: ergo etiam pater cenſetur repudiâſſe cùm

cùm habeantur pro una perſona. Facit etiam pro noſtra ſententia, quòd tunc primum admittatur ſubſtitutus, quando filiusfamilias (idem de ſervo) nec ipſe hæres erit, neque alium hæredem fecerit, hæredem autem facimus adeundô, non repudiandô hæreditatem *l. 7. ff. de A. v. O. H.* (a) *l. 3. C. de hæred. inſtit. Vinn. ad §. ult. h. n. 1.* Replicabis quidem ex laud. Authore, filium non poſſe aliter patrem hæredem facere, quàm repudiando, nam ſi ipſe adeat, non pater, ſed filius eſt hæres; quapropter textus contrariam ſententiam potiùs confirmat, quàm noſtram roborat. Verùm rurſus invertimus argumentum: ſi pater filio repudiante hæreditatem adeat, non dicitur per filium hæres fieri, quòd tamen ad excludendum ſubſtitutum requiritur *d. §. ult.* ſed ipſemet ex perſona propria, & per ſe authoritate legis hæres fieri dicitur: conſequenter ut pater per filium hæres fieri poſſit, debet filius hæreditatem adire, & hoc modo patrem, ſub cujus eſt poteſtate, hæredem facere.

6 Contraria ſunt modi, quibus ſubſtitutio evaneſcit. Evaneſcit I. ſi hæres inſtitutus hæreditatem adeat, vel ſuus hæreditati ſe immiſceat *l. 5. C. de Impub. & aliis ſubſtit.* deficit enim conditio, ſub qua ſubſtitutus fuit vocatus. II. Si ſubſtitutus inſtituto præmoriatur: Ex vulgata regula, quòd ſi honoratus pendente conditione decedat, nihil ad ſuos hæredes transmittat.

Difficilis hic ſe offert diſceptatio, utrùm nimirum, ſi inſtitutus moriatur, antequam adiret hæreditatem, admittantur ejus hæredes jure transmiſſionis, num verò ſubſtitutus. Ubi prænotandum hæreditatem non aditam regulariter non transmitti per textum apertum *in l. un. §. 5. C. de cad. toll.* ibi Juſtinianus: *Hæreditatem enim, niſi fuerit adita, transmitti, nec Veteres concedebant, nec nos patimur.* Dictum fuit *regulariter:* Excipiuntur namque tres caſus, ſeu modi, quibus hæreditas nondum adita transmittitur, & quidem I. *Jure ſuitatis.* Ita transmittit hæres ſuus hæreditatem non aditam ad quoscunque hæredes *l. 8. C. de ſuis & leg. lib. l. 3. C. de Jure delib.* II. *Jure ſanguinis,* ita transmittit filius emancipatus hæreditatem paternam, vel quilibet alius matris ſuæ hære-di-

(a) Ibi: *Filio ADEUNTE juſſu patris, ſubſtitutus excluditur.* Sed, inquis, hoc immutatum eſt *in d. l. fin. §. 1. & 2.* ubi, ſi filius adire recuſaverit, admittitur pater, *quaſi ipſe pater ab initio fuiſſet hæres inſtitutus* Ita eſt, niſi adſit ſubſtitutus. Inſtat Voet. Filiusfamilias hæres inſtitutus jure veteri totam hæreditatem acquirebat patri; jam hoc in tantum ſublatum eſt, ut filius, ſi vult adire, poſſit ſibi proprietatem acquirere; non item, ut repudiando poſſit patri præjudicare, & favere inſtituto; hinc manebit regula antiqua, quòd, ſi ipſe filius non erit hæres, neque alium hæredem fecerit, admittatur ſubſtitutus. Maneat hæc regula, nec nos abnuimus. Sed & iſta pariter maneat, quòd filius non repudiando, ſed adeundo faciat patrem hæredem. *d. l. 7. ff. de A. v. O. H. arg. d. l. 3. C. de hæred. inſtit.* Et ita excludat ſubſtitutum.

Digitized by Google

ditatem, ſed tantùm ad deſcendentes, ſi habeat *l. un. C. de his, qui ant. apert. tab. d. l. un. §. 5. C. de cad. toll.* ibi: *Exceptis videlicet liberorum perſonis, de quibus lex Theodoſiana* (per quam intelligit mox cit. *l. un. C. de his, qui ante apert.*) *ſuper hujusmodi caſibus introducta loquitur.* (a) III. Jure deliberandi, ſed tantùm intra tempus lege definitum, de quo infrà *vid. l. 19. C. de jure delib.* ſæpè cit. *l. un. §. 5. in fin. de cad. toll.* his modis addi poteſt alius ſingularis ex *l. 18. pr. & §. 1. C. de jure delib.* ubi infans quamcunque hæreditatem ſibi delatam ad patrem, quaſi eidem ab initio acquiſitam transmittit.

(a) Non ignoramus quorundam, qui, ſi poteſtate legislativa pollerent, juri Romano abſciſſè libellum repudii darent, opinionem, qua aſſerere non dubitant, hanc differentiam inter ſuos & emancipatos non eſſe receptam. Et dolendum, quod habeant ſequaces! Moribus noſtris, ajunt, rariſſimè fiunt emancipationes coram Magiſtratu, (&, ſi fiant, parùm intereſt) ſed tacitè, ſi filii nempe habeant ſeparatam œconomiam. Quid tum? Hoc, inquiunt, fit in favorem liberorum, ut poſſint ſibi acquirere, conſequenter non eſt convertendum in eorum odium *l. 6. C. de ll.* patet hoc ab inſtantia de dignitate, qua patria poteſtas ſolvitur, intacto quoad filiis favorabilia jure ſuitatis. Quid inde? Nónne & olim ſolvebatur non raro patria poteſtas in favorem liberorum, uti probavimus ſupra *l. 1. tit. 12. in not. ad n. 3.* Quis autem ſomniavit, ma:liſſe (excepta dignitate, de qua reſtrictivè textus *in Nov. 81. c. 2.*) jura ſuitatis. Hoc, pergunt, ſuadet æquitas & prudens ratio, ne ſint deterioris conditionis, qui ſuis laboribus, atque expenſis ſe ſe alunt, quàm illi, qui alimentis paternis fruuntur. Falleris egregiè, ut arbitramur, ſi exiſtimas, fuiſſe vel olim, vel noſtris moribus filios ſimpliciter ad ſeparatam œconomiam dimiſſos: qui enim ab initio œconomiæ ſine mediis vixiſſent? Neceſſario utique ſupponendum, uti videmus hodie, obtinuiſſe portionem patris facultatibus competentem, quam vocamus Außfertigung, ſi non totalem, ſaltem partialem. Nónne & hoc dictat æquitas, & ratio prudens? Nónne emancipati ſibi, ſui verò patri acquirunt? Quid igitur mirum, ſi iſtis jura magis, quàm illis in ordine ad bona & teſtamentum paternum faverint, faveántque adhuc mores Germaniæ? Hæc, ais, ſunt ex principiis Juris Juſtinianei, cujus nequaquam oportet eſſe tributarios, ejúsque placita ſine ſelectu, & ad ſuperſtitionem usque ſectari. Ita & nos; & ſimul etiam hoc contendimus, non decere JCtum odio vatiniano à Jure Rom. affectare receſſum: oſtende mores uniformes cum excluſione juris Juſtinianei, & victas dabimus manus. Interim hoc certius eſt, antiquiſſimis Germanis fuiſſe teſtamenta incognita, veluti teſtatur Tacit. *de morib. Germ. c. 2.* Poſtquam autem paulatim, pleniſſimè verò poſt receptum Jus Rom. teſtamenta invaluere, ſimúlque & ſucceſſiones ab inteſtato ordinatiùs tractari cœperunt, eò minùs dubium eſt, hæc omnia fuiſſe admiſſa juxta ſenſum juris noviter recepti, quo certiùs, mores illos fuiſſe vagos, difformes & inconſtantes. Illud lubentius dabimus, non ubique (ſi nimirum præceſſerint leges antiquæ, vel mores certi, ac uniformes) non fuiſſe has, vel illas conſtitutiones, legésve Jur. Juſtin. receptas; ed Theſim univerſalem, in foris Germaniæ has differentias inter ſuos & emancipatos non fuiſſe receptas, tam ægrius patimur, quàm durum accideret, in noſtris, ubi degimus, aliisque circumjacentibus Regionibus pro caſu practico ita pronunciare, niſi manifeſtè probentur ſtatuta ſeu mores contrarii, poſtquam Jus Rom. univerſaliter fuiſſe receptum, à moratioribus JCtis ſuſtinetur.

Digitized by Google

His caſibûs igitur pro transmiſſariis militat *d.l. un. §. 13. C. de cad. toll.* ibi : *cùm autem in ſuperiori parte legis* (ſe refert ad *§. 5.*) *non aditam hæreditatem minimè, niſi quibusdam perſonis ad hæredes defuncti transmitti diſpoſuimus : neceſſe eſt, ſi quis ſolidam hæreditatem non adierit, hanc, ſiquidem habeat ſubſtitutum, ad eum, ſi voluerit, & potuerit, pervenire.* En, quòd hæreditas primùm ad ſubſtitutum perveniat, ſi hæres non adierit, vel ſaltem (ùt videtur) non transmiſerit. Pro ſubſtituto econtrà non levior pugnat ratio, quòd hæreditas non adita, ex dictis, ſuâ naturâ non transmittatur, hinc ſubſequitur, quòd his tribûs caſibûs, ex diſpoſitione tantùm legis transmittatur : conſtat autem ex ſuperiùs deductis, diſpoſitionem hominis facere ceſſare diſpoſitionem legis, cùm itaque ſubſtitutus vocetur ex diſpoſitione expreſſa teſtatoris, transmiſſarii verò contra rei naturam ex mera diſpoſitione legis, illi his præferendi eſſe videntur. Si autem dicas, transmiſſarios habere pro ſe ſubſidiariam diſpoſitionem hominis, ſcilicet teſtatoris, aſſerenti incumbet probatio, cùm hoc ipſum ſit, de quo quæritur, & voluntas teſtatoris magis pugnet pro ſubſtituto, quem novit, & expreſsè in defectum inſtitui honoravit, quàm pro transmiſſariis, qui eidem omninò poſſunt eſſe ignoti. Quibûs ita ſtantibûs pro neutra opinione intercedimus, ſed aliam quæſtionem non minùs difficilem proponimus.

An ſi minor inſtitutus hæreditatem adierit, adeóque ſubſtitutum excluſerit, ſed poſteà contra aditionem reſtitutionem impetraverit, admittatur adhuc ſubſtitutus?

Defenditur affirmativa, & ſolidè probatur I. tum ex *l. 44. ff. de re jud.* ubi, ſi filia, quæ ex contractu paterno actiones ſuſceperat ; & condemnata eſt, adeóque adivit hæreditatem (quomodo enim aliàs condemnari potuiſſet) abſtinuerit ; ſubſtituto locus fieri dicitur : ibi : *Ex contractu paterno actum eſt cum pupilla tutore authore, & condemnata eſt, poſteà tutores abſtinuerunt eam bonis paternis, & ita bona paterna ad ſubſtitutum, vel cohæredem pervenerunt &c.* Tum II. ex *l. 24. §. pen. ff. de min.* ubi per reſtitutionem in integrum omnia dicuntur reponi in priſtinum ſtatum, ac ſi negotium (adeóque hìc aditio facta non eſſet) nullum eſſet geſtum. Tum denique III. quia teſtator præſumitur velle habere hæredem teſtamentarium cum effectu, & non tantùm quoad nudum nomen.

Hinc perperam dicunt I. manere minorenem, quamvis reſtituatur, hæredem *l. 88. ff. de hæred. inſtit.* adeóque etiam ſubſtitutum manere exclusum. II. Non ampliùs admitti cognatum remotiorem, ſi minor proximus bonorum poſſeſſionem agnovit, & poſteà reſtitutus eſt. *l. ult. ff. de Edict. ſucc.* Neque III. ſervum minori ſubſtitutum poſſe hæredem

fieri

Digitized by Google

ſieri, ſi minor contra aditionem reſtituatur; excepto caſu, ſi hæreditas non ſit ſolvendo. *l. 7. §. 10. ff. de min.* ibi: *ſi prius minor adiit hæreditatem, & mox abſtentus eſt, ſubſtitutum pupillo ſervum cum libertate non poſſe hæredem exiſtere, neque liberum eſſe, niſi hæreditas ſolvendo non ſit.* Multò minus IV. reſtitutionem Prætoris prodeſſe poſſe, niſi reſtituto. *l. 3. §. 4. ff. d. t.* Nam reſpondetur *ad primum*, manere hæredem, ſed tantùm quoad nudum nomen: ejusmodi autem hærede denominativè tali teſtatoris voluntas non impletur. Nónne etiam, qui adivit hæreditatem, & non vult implere defuncti voluntatem, manet hæres, & tamen admittuntur hæredes ſubſtituti. *Nov. 1. c. 1. §. 3.* Et exinde evadit hæc ſententia jure noviſſimo vix non certa. *Ad ſecundum* dicunt non pauci, legem illam eſſe correctam, *Brunn. ibid.* Reſponderi etiam poteſt, (a) Prætorem ibi contra communes juris regulas detuliſſe bonorum poſſeſſionem cognatis, adeóque noluiſſe illam nimis extendere. *Ad tertium* patet, eſſe quid ſingulare in ſervo hærede neceſſario, qui talis eſſe debet ſtatim à morte teſtatoris. *§. 1. de hær. qual. & diff.* idcirco ad exemplum trahi non debet. Poſtquam enim hæres inſtitutus hæreditatem adivit, ſervus neutro jure poterat ampliùs hæres neceſſarius fieri, non civili, quia hoc jure ſubſtitutus manet hæres, non prætoriô, quia prætor in ordine ad ſucceſſionem ſervos non agnoſcit. *arg. l. 1. pr. ff. de jure delib.* (b) *Ad quartum:* non dicimus vocari ſubſtitutum ex reſtitutione Prætoris, ſed ex voluntate teſtatoris. Prætor enim tantùm obicem tollit, ut ſubſtitutus deficiente (effectivè) inſtituto à teſtatore vocatus poſſit ſuccedere.

TITULUS XVI.

De Pupillari Subſtitutione.

SUbſtitutio Pupillaris, quam moribus fuiſſe introductam patet ex *pr. Inſt. h. in fin. l. 2. ff. de vulg. & pupill. Subſt. ſeu h. t.* definiri poteſt, quòd ſit *actus ultimæ voluntatis, quo aſcendentes deſcendentibus impuberibus in poteſtate proximè conſtitutis de hærede proſpiciunt, caſu quo in impubertate deceſſerint.* 1

(a) Item aliter: Non ideo non admittitur remotior, quia minor tanquam proximus adivit; ſed ideo, quia Prætor tantùm proximum vocavit; hinc remotiores agnati in edicto ſucceſſorio non tam excluduntur, quàm potiùs non vocantur: Nec enim Prætor ſua auxilia tam latè, ut jus civile, extendit.

(b) Senſus igitur eſt, quod ſervus, adita hæreditate à pupillo, ceſſet eſſe neceſſarius, cùm qui adiit, maneat hæres. Et hoc tantùm limitatur, ſi hæreditas non ſit ſolvendo, quo caſu rurſus ſit hæres neceſſarius.

Digitized by Google

Dividitur in Expreſſam, & Tacitam. *Illa* eſt, quæ fit verbis expreſſis, v.g. *Titius filius impubes hæres eſto, ſi hæres erit, & in impubertate decedat, Cajus hæres eſto*, & hæc continet implicitè vulgarem: adeóque, etſi filius impubes hæres planè non fuerit, fortè ante patrem mortuus, admittitur nihilominus ſubſtitutus, non vi pupillaris, cùm ad hanc requiratur, ut impubes hæres ſit, ſed vi vulgaris tacitæ, quæ eſt iſta; *ſi filius impubes hæres non erit*. *Tacita*, quæ comprehenditur ſub vulgari expreſſa, pone teſtatorem dixiſſe: *Titius filius meus impubes hæres eſto, ſi hæres non erit, Cajus hæres eſto*. Finge jam filium fuiſſe hæredem, ſed in impubertate deceſſiſſe, ſubſtitutus admittitur non vi vulgaris, quæ, hoc ipſo, quòd filius fuerit hæres, jam evanuit, ſed vi pupillaris, quæ, ùt ex dictis clareſcit, eſt iſta: *ſi filius meus hæres erit, ſed in impubertate deceſſerit*. Conſul. *l. 4. ff. h. t. Hub. h. n. 3.*

2 Subſtituere pupillariter poteſt, qui deſcendentes habet proximè ſub poteſtate conſtitutos, adeóque Pater, Avus, cæteríque aſcendentes paterni. Non item Mater, vel alii aſcendentes materni, utpote qui non habent deſcendentes ſub ſua poteſtate. Ineptum eſt, quod opponi ſolet *ex l. 33. ff. h. t.* ubi mater dicitur *pupillaribus tabulis* ſubſtituiſſe; nam ex ipſo textu ſatis apparet & mentem, & formulam defuiſſe pupillaris ſubſtitutionis, ibi: *ſi mater ita teſtetur, ut filium impuberem* NB. *cùm erit annorum quatuordecim hæredem inſtituat, eique pupillaribus tabulis* (ideo ita nuncupantur, quia hæres pupillus eſt) NB. *ſi ſibi hæres non erit* (quæ eſt formula ſubſtitutionis vulgaris, non pupillaris) *alium ſubſtituat, valet ſubſtitutio*, ſcilicet ùt vulgaris, non ùt pupillaris, quam mater nec intendebat. Dixeris fortè, poſſe matrem per fideicomiſſum rogando filium, ut ſi intra impubertatem decedat, hæreditatem alteri reſtituat, id ipſum in effectu facere, quod Pater per ſubſtitutionem. At vehementer falleris, nam Fideicommiſſarius ita vocatus tantùm capit bona matris fideicommittentis: pupillariter verò ſubſtitutus bona tam patris, quàm filii; & in hoc elucet effectus ſubſtitutionis pupillaris, ac patriæ poteſtatis, vi cujus pater non tantùm de ſuis, ſed etiam filii impuberis bonis diſponere poteſt. *l. 10. §. 5. ff. h. t.*

3 Fit autem pupillaris ſubſtitutio deſcendentibus impuberibus proximè in poteſtate ſubſtituentis conſtitutis, adeóque tam *filiis*, quàm *filiabus*, ac *nepotibus* ſuppoſito, quòd filius ſit mortuus. *l. 2. pr. ff. h. t.* tam *inſtitutis*, quàm *exhæredatis*, (a) tam *natis*, quàm *naſcituris*, ſeu poſthu-

(a) Num & præteritis? Minimè. ſiquidem præteritio patris juxta notata *ad tit. de exhær. lib. n. ult.* facit totum teſtamentum, adeóque etiam quoad acceſſoria, nullum. Et ſi teſtamentum paternum eſt nullum, nec ſubſtitutio tanquam ejus ſequela ſubſiſtere poterit §. 5. *h. l. 2. §. 1. & 4. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* Notum inſuper eſt, patrem debere ſibi priùs, quàm filio facere teſtamentum. At quale teſtamentum, ubi pa-

Digitized by Google

humis. *§. 4. h.* tam *naturalibus*, & *legitimis* ſimul, quàm *legitimis* tantùm, id eſt *adoptivis*, atque *arrogatis*, ita tamen, ut ſubſtitutus arrogato non acquirat, niſi bona, quæ arrogatus impubes à patre arrogante, vel ejus intuitu, puta ab ejus amicis, aut cognatis acquiſivit. *d. l. 10. §. 6. ff. d. t.* Cæterùm non intereſt, utrùm fiat nominatim v. g. *ſi filius meus Sempronius in impubertate deceſſerit, Cajus hæres eſto*: vel ſingulis, ſi neminem eorum inteſtatum decedere velit, vel noviſſimo, ſi jus legitimarum hæreditatum, id eſt, legitimæ ſucceſſionis ab inteſtato, integrum inter eos cuſtodiri velit. *§. 6. h.* Quid ſi in hoc caſu omnes ſimul decederent, fortè in naufragio, incendio, ruina? ſubſtitutus admittetur ad totam hæreditatem. *l. 34. ff. h.* quia *ſupremus*, ùt ait Africanus *ibid.* ſeu noviſſimus *non is demùm, qui poſt aliquem, ſed etiam poſt quem nemo ſit, intelligitur.* Neque Africano contrariatur Marcianus *in l. 34. ff. ad S. C. Treb.* ubi, ſi ejus, qui noviſſimus ex filiis mortuus eſt, partem hæreditatis propinquo voluit pater reſtitui, & ſimul fratres diem ſuam obiiſſent; propinquus, ſi non oſtenderit, quis noviſſimus obiiſſet, non admittitur. Nam hic propinquo erat aſſignata certa pars, quam ille neceſſariò debebat oſtendere. Dictum fuit ſuprà: *deſcendentibus impuberibus*, adeóque maſculis usque ad decimum quartum, fœminis usque ad duodecimum annum. *§. 8. h.* Ultra hanc ætatem facta neque valet in vim fideicommiſſi. *l. 7. ff. eod.* Dictum fuit: *proximè in poteſtate ſubſtituentis conſtitutis*, & quidem utroque tempore tam ſubſtitutionis, quàm mortis. *pr. Inſt. h.* in verbis: *Liberis ſuis impuberibus, quos in poteſtate quis HABET.* & *arg. l. 41. §. 2. ff. d. t.* Hinc mirum videtur, Bartolum ſenſiſſe contrarium, ac docuiſſe, ſufficere, ſi tempore mortis ſint in poteſtate ob malè intellectam. *l. 2. pr. ff. eod.* ibi: *ſed ſi extraneum quis impuberem hæredem ſcripſerit, poterit ei ſubſtituere, ſi modò eum in locum nepotis adoptaverit, vel arrogaverit.* Sed quis non videt requi-

 ri

pater formam à jure tam exactè *in pr. Inſt. de exhær. lib.* & *in l. 39. ff. de lib. & poſth.* præſcriptam non ſervavit? Huic ſententiæ non obſtat (1) *Nov. 115. c. 3.* ubi acceſſoria ſuſtinentur, & tantùm inſtitutio enervatur. Nam intelligenda eſt, ubi tantùm ſunt omiſſæ ſolennitates *in d. Nov.* præſcriptæ, ut *loc. cit* oſtendimus. Non obſtat (2) quòd pupillaris ſubſtitutio reſpiciat favorem filii, adeóque ejus valor illi non præjudicet. Nam ſive præjudicet, ſive non (quid ſi præteritis proximis conſanguineis, matre fortè, vel fratre: vel eis legitimâ ad ſummum relictâ, ſit ſubſtitutus extraneus?) forma non ſervata teſtamentum eſt planè nullum *citt. tt.* juncta *L. 5. C. de ll.* Hinc nec obſtat (3) quod facta exhæredatione, ſed teſtamento per querelam everſo ſuſtineantur omnia præter hæredis inſtitutionem *arg. cit. Nov.* ergo idem erit dicendum in præteritione, quæ minorem injuriam continet. Argumentum hoc quippe nimis eſſet bonum. Exhæredatio ſalvat jure Pandectarum teſtamenti tabulas, dummodo ſit ritè facta, ergo etiam præteritio, cùm minùs, juxta te, ſit injurioſa? quàm pulchra & juribus conveniens ſequela?

Digitized by Google

ſi per modum conditionis, ut antequam ſubſtituat, extraneum adoptet, vel arroget: in verbis: *ſi modò eum &c.* adeóque loqui de caſu, quo ſubſtitutio primùm poſteà, & ex intervallo facta fuit, quod fieri poſſe conſtat ex *l. 16. §. 1. ff. d. t.* Subſtitui autem poteſt filio hæres, vel nominatim, uti: *ſi filius meus impubes deceſſerit, Titius hæres eſto*, vel generaliter v. g. ſi teſtator pluribus hæredibus inſtitutis dicat; *quiſquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres eſto. §. 7. h.* Inter utramque formulam eſt notabile diſcrimen, quòd nominatim ſubſtitutus filii ſucceſſionem conſequatur, etſi filius de bonis, vel oneribus paternis nihil adeptus fuerit, ùt infrà videbimus. Generaliter verò ſubſtitutus non aliter bona filii nanciſcitur, quàm ſi fuerit patris hæres. *d. §. 7. ibi: qui ſcripti hæredes ſunt, & extiterunt. Et quidem per ſe, non per alium. vid. l. 8. pr. & §. 1. ff. h. t. Vinn. ad d. §. 7. ibid.* (a)

4 Forma ſubſtitutionis pupillaris conſiſtit in modo, quô fieri debet, modus autem concernit vel formulam, vel ordinem. Formula, ſi ſubſtituatur filio impuberi INSTITUTO, eſt, *ſi filius meus hæres erit, & in impubertate deceſſerit, Cajus hæres eſto, ſi EXHÆREDATO: ſi filius meus in impubertate, ſeu impubes deceſſerit, Mævius hæres eſto. princ. & §. 4. h.* Ordo in tantùm obſervari debet, ut teſtator priùs ſibi teſtamentum condat, quàm filio, patris enim teſtamentum *tabulæ primæ*, filii verò *ſecundæ* nuncupari ſolent. *l. 8. C. de impub. & aliis ſubſt.* hinc non valeret, ſi inverſo ſcripturæ ordine, id eſt, ſi hodie filio faceret teſtamentum, cras ſibi *l. 2. §. 4. ff. h.* quia teſtamentum pupillare eſt ſequela teſtamenti paterni, conſequenter iſtud ſupponitur, adeò, ut, ſi patris teſtamentum non valeat, nec filii quidem valere poſſit *§. 5. h.* Excipitur ab hac regula miles, qui poteſt filio pupillariter ſubſtituere, quamvis ſibi teſtamentum non fecerit. *l. 41. ff. de teſtam. milit.* Poteſt tamen inverti ſcripturæ ordo, ſi tam inſtitutio, quàm ſubſtitutio fierent eodem tempore v. g. *ſi filius meus impubes deceſſerit, Mævius hæres eſto, filius meus hæres eſto.* Ita intellige Ulpianum in *d. l. 2. §. 5. ff. h. t.* Porrò ſi legitimus ordo ſervetur, poteſt pater unum, vel duo teſtamenta facere, unum ſibi

(a) Hinc non admittuntur alii, qui per ſubſtitutos ſuccederent, videlicet non dominus, qui per ſervum, non pater, qui per filium aliàs ſuccedit, neque etiam hæredis ſubſtituti hæres, eſto aliàs hæres hæredis teſtatoris hæres cenſeatur. His quippe non ex voluntate defuncti, ſed potius ex diſpoſitione legis vi patriæ, vel dominicæ poteſtatis hæreditas obvenit. Inde ſequitur ulterius, quod, ſi quis ſit generaliter ſubſtitutus, debeat adire hæreditatem ſubſtituentis, aliàs eidem nihil proderit ſubſtitutio pupillo facta *d. l. 8. §. 1. ff. h. t.* Secus dicendum de ſpecialiter ſubſtituto, utpote qui ad ſubſtitutionem filio factam eſto repudiaverit hæreditatem patris, admittitur. Limitandum, ſi fuerit hæc conditio (quæ in generali ſubſtitutione imbibita eſt) *ſi mihi hæres fuerit*, appoſita vid. *d. l. 8. pr. ff. h.* Cæterùm neque opus eſt, ut ſpecialiter ſubſtitutus ſit etiam inſtitutus, ut textum legenti patebit.

Digitized by Google

ſibi, alterum filio, ſuum ſcripto-tenus, alterum nuncupativè, aut viciſſim; ubi tamen conſilium, quod ſuggerit Imperator *in §. 3. h.* non videtur negligendum: ſi fortaſſis pater timeat, ne filius ex eo, quòd palam ſubſtitutum acceperit, poſt ſuum obitum periculo inſidiarum ſubjaceat, vulgarem ſubſtitutionem palam faciat in primis teſtamenti partibus, pupillarem verò ſeparatim in inferioribus partibus ſcribat, eámque proprio lino, propriáque cera conſignet, ac prohibeat, ne vivo filio adhuc impubere aperiantur. Et hoc modo cavebit periculo inſidiarum, dum ſubſtitutus ignoratur.

Effectus ſubſtitutionis eſt, quòd ſubſtitutus exiſtente conditione, 5
ſub qua fuit vocatus, filio impuberi ſuccedat, & acquirat bona tum patris, tum filii, ubi tamen probè diſtinguendum, num filius fuerit hæres patris, vel non? ſi non fuit hæres, fortè quòd patri præmortuus fuerit, ſubſtitutus acquirit vi ſubſtitutionis vulgaris tacitæ tantùm bona patris: *princ. Inſt. h.* bona filii verò veniunt ad ejus hæredes ab inteſtato. Si verò filius fuit patris hæres, id eſt, ſi poſt mortem deceſſerit, rurſus diſtinguendum, utrùm ſe immiſcuerit hæreditati paternæ, vel non? ſi ſe non immiſcuit, bona paterna obveniunt ſubſtituto vi ſubſtitutionis vulgaris tacitæ, vi pupillaris expreſſæ verò bona ipſius filii. Ratio prioris eſt, quia eſto filius ipſo jure ſit hæres, bona patris tamen propriè, & actu non fuerunt bona filii, ſed manent duæ hæreditates, hinc etiam duplici aditione opus eſt. *l. 2. §. 1. ff. h. arg. l. 10. §. 2. ff. eod.* Idcircò non poteſt ſubſtitutus bona patris vi pupillaris, vi cujus tantùm filio ſucceditur, obtinere. Contradicit *Voet. ff. h. n. 21.* eſto *n. ſeq.* nobiſcum admittat, poſſe in hoc caſu ſubſtitutum repudiare hæreditatem patris, filii verò adire. *l. 28. ff. de reb. auth. jud.* Ratio poſterioris in eo fundatur, quòd nuda ſui hæredis exiſtentia, uti communiter circumfertur, ſuſtineat teſtamenti tabulas pupillares *l. 42. ff. de A. v. O. H. l. 44. ff. de re jud.* Filius enim poſt patrem decedens non poteſt non eſſe hæres, cùm ipſo jure hæres ſit, neque jus abſtinendi characterem ſui hæredis deleat *arg. l. 12. ff. h. & d. l. 28. ff. de reb. auth. jud. poſſ.* Quòd ſi filius ſe hæreditati paternæ immiſcuerit, & in impubertate decedat, ſubſtitutus vi ſubſtitutionis pupillaris nanciſcitur bona tum patris, tum filii. *arg. princ. Inſt. h.* cùm facta ſit una hæreditas, adeò, ut ſicut eam dividere non poteſt ſubſtitutus, & unam adire, aliam non. *l. 10. §. 2. ff. eod. d. l. 28. ff. de reb. auth. jud. poſſ.* (a) ita etiam hæredibus ab inteſtato omnis

(a) Limita, ſi poſt immixtionem ſubſtitutus hæres pupilli factus ope reſtitutionis in integrum contra immixtionem venire intendat, quæ ipſi haud eſt deneganda, ùt benè docet Voet. *ff. de min.* & ita æquiùs judicat Papinianus *in l. 12. ff. h.* Neque huic li-

niſ ſpes; ac via perveniendi ad hæreditatem pupilli interclusa ſit, quia exiſtente hærede Teſtamentario non ſit locus legitimo. *l. 39. & 70. ff. de A. v. O. H.*

Dubitant nihilominus, num ſubſtitutus etiam matrem quoad legitimam excludat: ſed absque ſolido fundamento, poſteaquam affirmativa in *l. 8. §. 5. ff. de inoff. teſt.* deciſa legitur his verbis: *ſed nec impuberis filii mater inofficioſum teſtamentum dicit, quia pater et hoc fecit, & ita Papinianus reſpondit.* Huc etiam facit *c. 1. in fin. de teſtam. in 6.* Eſt igitur teſtamentum patris jure patriæ poteſtatis conditum, quod mater non quà talis, cùm non ſit filii teſtamentum, non quà uxor, ùt per ſe patet, impugnare poteſt.

Hinc perperam opponunt, quòd legitima debeatur matri jure naturali: quòd videatur eſſe teſtamentum filii, nam prius verum eſt, ſi filius teſtamentum faciat: poſterius eo ſenſu recipimus, quatenus in illo diſpoſitum fuit de bonis filii, non autem, ac ſi pater feciſſet teſtamentum nomine filii, ſeu jure à filio conceſſo, ſed jure patriæ poteſtatis, & ex perſona propria *Hopp. ad pr. b. t.* Quæ ſententia etiam procedit de ſubſtitutione pupillari tacita, quia ſemper manet verum dicere, quòd ſit teſtamentum patris, & aliunde eadem eſt vis taciti, quæ expreſſi *arg. l. 2. ff. de paſt. Hub. b. n. 3. in fin.* Diſſentit quoad hoc *Hopp. d. l.* Limitatur I. ſi ſupponatur caſus, ubi ſubſtitutio vulgaris non includit tacitè pupillarem, ùt ſi pater cum filio alios hæredes inſtituat, & eos invicem ſubſtituat, filius enim hic aliis cohæredibus æquiparatur, qui eſt caſus *l. 2. C. de impub. & aliis ſubſtit.* Idem dicendum, ſi cum filio impubere alios filios puberes inſtituat, eóſque invicem ſubſtituat; incongruum enim videtur, ut in altero duplex ſit ſubſtitutio, in altero ſola vulgaris. *vid. l. 4. §. 2. ff. b. t.* Limitatur II. in milite, cujus pupillaris ſubſtitutio vulgarem non comprehendit. *l. 8. C. d. t.* (a) & III. ſi mater impuberi ſit cohæres inſtituta. *l. ult. C. de inſt. & ſubſt.*

Con-

limitationi contrariatur *l. 42. ff. de A. & O. H.* quia loquitur de fratre ſubſtituti, adeóque filio ſubſtituentis, eóque cohærede SUO, qui ſe quoad propriam partem jam immiſcuerat, conſequenter dividere amplius ob neceſſitatem juris accreſcendi non poteſt, ceu ſolidè deducit laud. Voet. *ff. b. n. 22* ſimúlque extendit etiam ad alios ſubſtitutos, qui ſimul cohæredes inſtituti ſuam partem adiverunt.

(a) Sed cur in milite aliter diſcurrendum, cùm ſit voluntatis quæſtio, nec in milite alia ſit præſumenda voluntas, quàm in pagano; imò ille magis, quàm iſte ſit privilegiatus? Si igitur ſubſtitutio vulgaris tacitè pupillarem includit in teſtamento pagani, ita idem erit dicendum de teſtamento militis. Jam, ſicut hoc non obſtante mater in teſtamento militis excludit ſubſtitutum tacitè pupillariter vocatum, etiam excludet illum in teſtamento pagani. Damus rationem diverſitatis: Teſtamenta militum non regulantur ad normam teſtamentorum paganorum, ſed ex nuda, ac ſimpli-

Digitized by Google

6 Contraria ſunt modi, quibus ſubſtitutio pupillaris exſpirat. Exſpirat autem I. ſi teſtamentum paternum jure Pandect. vel Codicis (ſecùs ſi tantùm jure *Nov. 115. c. 3.* (a)) non ſubſiſtat *§. 5. h. t.* II. ſi filius ad pubertatem pervenerit *§. 8. eod.* quia tunc ipſe ſibi poteſt teſtamentum facere. Idem III. ſi teſtator ſubſtitutionem ad brevius tempus contraxerit. *l. 21. l. 43. §. 1. ff. d. t.* IV. ſi conditio ſubſtitutioni adjecta defecerit *l. 8. ff. d. t.* V. ſi vivo adhuc patre pupillus decedat, vel tempore mortis teſtatoris non ampliùs ſit in ejus poteſtate. *l. 41. §. 2. ff. eod.* VI. Si ſubſtitutus impuberi præmoriatur, & demum VII. Si ex teſtamento patris non ſit adita hæreditas. *l. 2. §. 1. ff. l. 10. §. 4. ff. eod.*

Sed quid hoc? ais, nónne ſuperiùs dictum fuit, nudam ſui hæredis exiſtentiam ſuſtinere teſtamenti tabulas pupillares? Ad quid itaque opus aditione? Verùm motos compone fluctus! Quid enim, ſi filio exhæredato, vel cum eo inſtituto extraneus ſit inſtitutus; an negabis, neceſſariam eſſe aditionem? non credimus, ſi prius legeris *l. 2. §. 2. l. 10. §. 4. ff. h. t. & l. 11. §. 1. ff. ad S.C. Treb.* quia in priori caſu hæreditate ab extraneo non adita teſtamentum hærede deſtituitur, & exinde etiam ſubſtitutio corruit. *d. §. 5. h. t.* in poſteriori caſu verò jus ſuitatis per immixtionem hæredis extranei, jam eſt, uti ajunt, vulneratum, adeóque aditio rurſus neceſſaria. Hactenus de ſubſtitutione pupillari verè tali; annectenda eſt

7 Subſtitutio pupillaris exemplaris, ſeu quaſi talis, qua ad exemplum prioris parentes utriusque ſexûs filiis ſuis puberibus, ſed impedimento laborantibus de hærede proſpiciunt, caſu quo in tali conditione deceſſerint. Eſt inventum Juſtiniani in *l. 9. C. de impub. & aliis ſubſtit.* confirmatum in *§. 1. h. t.* cui probabiliter occaſionem dedit obſervatio Pauli in *l. 43. ff. h. t.* Dicitur *parentes utriusque ſexûs*, unde patet, non

Hhh fun-

plici voluntate naturali, ut jacet, interpretationem capiunt, per textum evidentem *in l. 6. C. de teſtam. milit.* At, rogas, cur miles in noſtra hypotheſi erit deterioris conditionis, quàm paganus? Cur in pagano ſubſtitutio vulgaris expreſſa pupillarem includit, & cur non in milite? Ratio jam fuit data, & hæc ſatis colligitur *ex d. l. 8. C. de impub. & aliis ſubſtit.* ibi: *Nam non eſt incerti juris* (adeóque in milite non eſt ampliùs voluntatis quæſtio) *quod, ſi quidem in patris MILITIS poſitus poteſtate, primo tantùm caſu habuit ſubſtitutum & patri hæres extitit: eo defuncto ad te omni modo ejus pertineat ſucceſſio.* Hinc erit per accidens, quòd voluntas militis ad caſum expreſſum ob ejus ſimplicitatem reſtringatur.

(a) Hoc probatione indiget! Haud deficimus: Subſtitutio pupillaris ſpectat ad acceſſoria teſtamenti paterni *§. 5. h. l. 38. §. f. ff. eod.* Atqui acceſſoria *in d. Nov. & c.* ſuſtinentur. Verum, infers, ſi deficit teſtamentum patris, etiam ruit ſubſtitutio *cit. tt.* Ita eſt jure antiquiori, ſed non noviſſimo. At, pergis, non ſubſiſtit vulgaris, ergo neque pupillaris. Eſto diſparitas: ſubſtitutio vulgaris, eſt altera inſtitutio directa; Inſtitutio autem *in d. Nov.* viribus caret. Inſtabis: Nos ipſi ſuperiùs aliter notavimus. Aliter notavimus ob defectum præteritionis, vel alium, qui emanat ex jure Pandectarum, ſeu etiam Codicis: non autem, ſi tantùm ex jure Novellarum.

ſundari, utì prior, in patria poteſtate, ſed potiùs in humanitate. Dicitur *impedimentô laborantibus*, ſcilicet ejuſmodi, vi cujus non poſſunt ſibi facere teſtamentum. Tali autem impedimento laborant mente capti (de quibus in terminis *d. l. 9.*) furioſi, prodigi, muti, & ſurdi ſimul, quia eadem de his, quæ de mente captis pugnat ratio pietatis, humanitatis, & affectionis, ut, dum ſibi de hærede proſpicere non valent, parentes hunc defectum ſuppleant. *Voët ff. h. t. num. 27. Hopp. ad d. §. 5. h.* Contra ſentit *Hub. h. t. n. 5.* nimis religioſè hanc conſtitutionem, utpote (ùt ille ait) contra communes juris regulas introductam, ad ſolos mente captos reſtringens. Dictum fuit, *de hærede proſpiciunt*, ubi advertendum ſubſtituenti, quòd, ſi filius impedimento laborans deſcendentes unum, vel plures habeat, *eum*, vel *eos certos* (id eſt nominatim) vel omnes (id eſt genericè) ſubſtituere debeat, ita capienda videtur *d. l. 9.* ibi: *unum, vel certos, vel omnes ſubſtituere. Voët. loc. cit. n. 31.* (a) Dictum fuit, *caſu quo &c.* ſi enim poſteà reſipuerint, vel aliàs impedimentum ceſſaverit, ſubſtitutio evaneſcit.

Huc etiam ſpectat ſubſtitutio Privilegiaria militis, quæ etiam ultra pubertatem verbis directis, ac civilibùs extendi poteſt, ita tamen, ut ſubſtitutus, ſi filius poſt pubertatem decedat, tantùm acquirat bona patris, non filii. *l. 15. ff. h. t. l. 8. C. de impub. & aliis ſubſt.*

TITULUS XVII.

Quibus modis Teſtamenta infirmentur.

1 JUxta receptam cauſarum methodum vindicaret ſibi hunc locum effectus Teſtamenti, ſeu Inſtitutionis. Verùm ita ordinante Triboniano ad ejus contraria, ſeu ad modos, quibûs infirmatur, transeundum. Infirmatur autem teſtamentum vel ab initio ex eo, quòd non fuerint obſervatæ debitæ ſolemnitates, vel ſuus hæres præteritus, & tunc dicitur NULLUM, ſeu INJUSTUM, vel ab initio validum poſtea vitiatur, quod dupliciter contingit, ſcilicet ita, ut vitium redundet in ipſum teſtamentum, & dicitur RUMPI, vel, ut defectus, ſeu vitium ſupervenìat ex parte teſtatoris, & dicitur IRRITARI. Hinc hæc Rubrica in Pandectis concepta eſt *de injuſt. Rupt. irrit. fact. teſt.* vid. *§. 1. & 5. h.* Quando-

(a) Hic advertendum, filio exhæredato hoc modo non poſſe ſubſtitui, quia hæc ſubſtitutio ex humanitate (non rigore) originem ducit. Accedit, quod & mater poſſit ita ſubſtituere, cui tamen non licet exhæredato ſubſtituere. Sed, inquis, cur non poterit pater jure ſuo uti & filium ingratum exhæredare? Utatur jure ſuo & filium, ſuppoſita juſta cauſa, exhæredem faciat; ſed caveat ab hac ſubſtitutione.

doque etiam ſine ullo vitio nec in teſtamentum, nec in teſtatorem propriè redundante teſtamentaria diſpoſitiò effectu deſtituitur, ut ſi hæres hæreditatem non adiverit, & nuncupatur teſtamentum *deſtitutum*, vel, ſi mavis, etiam IRRITUM. *l. 1. ff. de injuſt. Rupt.* Videamus jam ordine. Quando, & quomodo teſtamentum dicatur injuſtum, ſeu ab initio nullum, ſufficienter erui poteſt ex hactenus dictis.

Rumpitur verò vel ipſo jure, vel officiò Judicis. Quomodo rumpatur officiò Judicis, dabitur *tit. ſeq. Ipſo jure* rumpitur rurſus duobûs modis, Agnatione ſcilicet *Sui* hæredis, aut Mutatione voluntatis. AGNATIONE *ſui hæredis* rumpitur, ſi teſtator poſt conditum teſtamentum nanciſcatur novum hæredem proximè in poteſtate conſtitutum, nimirum per legitimam Nativitatem. *§. 1. de exhær. lib.* per Legitimationem. *§. fin. de nupt.* per Adoptionem perfectam, vel Arrogationem. *§. 2. de adopt. §. 14 de hæred. quæ ab inteſt* aut etiam mortuò filiò, ſi Nepos in ejus locum ſubintret, vid. *§. 2. de exhær. lib.* nec non dicta ibid. *n. 2. & 3.* 2

MUTATIO VOLUNTATIS eſt vel verbalis, vel realis: mutatio *verbalis* contingit, ſi teſtator nudis verbìs teſtamentum revocet v. g. dicendô, *revoco meum teſtamentum, volo decedere inteſtatus &c.* de qua meritò dubitari poteſt, an ſufficiat, quia, ut ait *Vinn. ad §. 7. h.* ſi quem prioris voluntatis pœniteat, & vult inteſtatus decedere, parata eſt ei expeditiſſima ratio: tabulas incidat, deleat, cancellet, laceret. *l. 1. §. pen. ff. unde lib.* factis major vis ineſt, quam verbis, nec integris tabulis relictis, nuda voluntatis contrariæ declaratio teſtamentum ſolemniter factum infirmat. *l. 36. §. 3. ff. de teſt am. milit.* Et, ſi prius teſtamentum non infirmatur, cùm ad aliud faciendum teſtator proceſſit, ſed tamen conſummare non potuit, quanto minùs ſufficiet nuda revocatio, cùm factum utique potentiùs deberet operari, quam nuda verba. Valere econtra contendit *Hub. h n. 8.* adducens pro hac ſententia Manticam *l. 2. de conject. ult. vol. Tit. 15. n. 19. & Grot. l. 2. Introd. c. 24. n. 15.* Dummodò hæc revocatio fiat coram tot teſtibus, quot requiruntur ad confectionem. Hæc ſententia haud dubiè tum æquitati, tum ſeriæ teſtatoris voluntati eſt conformior; quam durum enim teſtatori accideret, ſi hæredem ingratum reputans ab inteſtato decedere cuperet, nec haberet teſtamentum ad manus, ut lacerare, aut delere poſſet, nec etiam opportunam occaſionem aliud condendi. Periculoſum eſt, reſpondet Vinn. *loc. cit. n. 2* æquitatem prætexere contra expreſſam juris authoritatem non minori ratione ſubnixam, quòd non videatur ſeriò voluiſſe teſtator recedere à priori teſtamento, quod intactum reliquit. Juris autem authoritas clara eſt tum in *§. 7. h Ex eo autem ſolo* (ſunt verba textûs) *non poteſt teſtamentum infirmari, quòd poſtea teſtator id noluerit valere,* tum in *l. 27. C. de teſtam.* Aſt 3

hoc

hoc diſcurſu vix uſum hujus ſententiæ aſſequi videtur Author eximius, dum ſupponit, teſtatori adeſſe tabulas ad manus, quo caſu procul dubio minori moleſtia, ac faciliori via aboleret, ſecùs non videtur adeſſe ſeria revocandi voluntas: Et de ejusmodi nuda voluntate non ſufficienter debitis ſolemnitatibus manifeſtata, ac minùs ſeria intelligi debet *cit. §. 7. b.* Sed quis dubitabit, reponet Vinn. de ſeria voluntate illius, qui jam ad aliud teſtamentum proceſſit? Habuit talis, non dubitamus, ſeriam voluntatem revocandi, ſed tantùm reſpectivam, in favorem ſcilicet hæredis novi, quem intendebat inſtituere, ſed non abſolutam, ut voluerit decedere inteſtatus, cùm igitur ſuam voluntatem perficere non potuerit, præſumitur adhuc perdurare in priori diſpoſitione, ac magis adhuc diligere hæredem in anteriori teſtamento ſcriptum, quàm hæredes ab inteſtato. Neque crucem nobis figit *d. l. 27. C. de teſtam.* quæ unicè hoc intendit, ut corrigat jus vetus, quô teſtamenta ſolo decennii curſu infirmabantur, utì patet ex *l. 6. C. Theodoſ.* ibi: *Ne quis poſt diem mortis ſcriptis ante decennium teſtamentis præſtetur aſſenſus: nulliſque penitùs viribus ſcriptura ejusmodi tempore antiquata taxetur*, ſubnexa ratione, *quòd reverà nefas ſit, ut antiquæ deliberationis ordinatio, voluntas poſtrema dicatur.* Hanc ſententiam perſtringit Juſtinianus in *d. l. 27.* aitque: *quod mutatum non eſt, cur ſtare probibeatur.* Vult itaque, ſolô decenniô teſtamenta non infirmari, niſi acceſſerit revocatio ſaltem verbalis coram tribus teſtibus manifeſtata: non autem dicit, ut revocationi verbali accedere debeat decennium, quod ſuperfluum videtur. Ajunt quidem decennio opus eſſe, ut conſtet de ſeria voluntate; ex decurſu tanti temporis ſiquidem, ait D. D. Franz p. m. *b. n. 4.* ſatis apparet, quòd teſtator ſeriò admodùm teſtamentum retractaverit. Sed quid hoc Manes conſultiſſimi! ex decurſu tanti temporis colligendus eſt ſerius animus revocandi, cùm tamen juxta hanc ſententiam decennium non à tempore revocationis, ſed à tempore conditi teſtamenti ſit computandum. Hinc pone Titium ultima decennii die teſtamentum revocâſſe, & altera die ſtatim deceſſiſſe, valet revocatio, cùm à tempore teſtamenti conditi jam ſit elapſum decennium; ſed quomodo autumabitur, ex curſu tanti temporis ſeriam præſumi, quæ vix ante 24. horas in mentem venit, ac lucem prodiit? Profectò aut planè non capio, aut ratio prorſus eſt inepta, aut denique, ut probet, dici deberet: decennium eſſe computandum à tempore revocationis, quod tamen genuinus ſenſus *cit. l. 27.* vix admittet. Reliqua fundamenta *Vinii* non majoris ſunt ponderis, dum imprimis falſum eſt majorem vim factis ineſſe, quàm verbis, ſi hæc clara ſunt, cùm verba potiùs, quàm facta ſint voluntatis manifeſtativa: character enim hominis ſermo eſt: Deinde *d. l. 36. §. 3. ff. de teſtam milit.* malè huc applicatur: loquitur enim de-

de veterano, qui militi opponitur: Miles nuda quavis voluntate teſtamentum revocare poteſt. *l. 15. §. 1. l. 35. ff. de teſtam. milit.* veteranus non poteſt, ſed opus ei eſt revocatione ſolemniori.

Mutatio realis fit vel corruptis teſtamenti tabulis, vel incorruptis. 4
Corruptis, ſi teſtator, vel alius ejus nomine teſtamentum conſultò laceret, deleat, inducat, inſcribat, aut cancellet, eradat, reſignet, id eſt, ſigna amoveat, vel turbet. *Deleta* dicuntur, quæ lituris corrupta ſunt: *Inducta*, quæ cancellis: *Inſcripta*, quæ aliis literis, *Superſcripta*, quæ in locum deletorum ſubſtituta. (a) *Cancellata*, quæ transverſis lineîs cancellatim ductîs expuncta ſunt. *vid. l. 1. ff. de his, quæ in teſt. del.* Dixi notanter: *conſultò*, ſi inconſultò acciderint: fortè à teſtatore furioſo, amente, vel à muribus tabulæ roſæ ſint, nihil nocent. *l. 1. §. 1. ff. d. t.* modò legi poſſint, nam quæ legi, nequeunt perinde habentur, ac ſi non eſſent. *d. l. 1. pr. ff. eod. legi autem* (ita textus ibid.) *ſic accipiendum, non intelligi, ſed oculis perſpici, quæ ſunt ſcripta, cæterùm ſi extrinſecùs intelligantur, non videbuntur legi poſſe.* Conſequenter neque deberi. Sed contrarium legitur in *§. 3. d. l. 1.* ibi: *Inconſultò verò* (deleta) *non repelluntur, ſive legi poſſunt, ſive non poſſunt: quoniam, ſi totum teſtamentum non exſtet, conſtat valere omnia, quæ in eo ſcripta ſunt.* Ita concilia: quæ inconſultò deleta ſunt ante conſummationem teſtamenti, ea, ſi legi nequeunt, non debentur. *d. l. §. 2.* eſto aliunde vel ex protocollo, ſeu minuto, ex quo teſtator ipſum teſtamentum ſcripſit, aut ſcribi juſſit, ſeu aliàs teſtibûs probari poſſint. Ita intellige *pr. d. l. 1.* ſi verò poſt conſummationem teſtamenti inconſultò ſint deleta, debentur, ſi aliunde probari poſſint. Ita cape *§. 3. ibid.* Dixi ulteriùs, *teſtamentum*, videlicet totum, quod & tunc accidere intelligitur, ſi teſtator ſolemnitates deleat inducendô nomina teſtium, amovendo ſigna, aut ſubſtantialia tollat, nimirum, ſi omnium hæredum nomina inducat, quo caſu, ſi odiô hæredum induxerit, hæreditas Fiſco cedit. *l. 12. & 16. §. fin. ff. l. 4. C. de his, quæ, ut ind. auf.* ſi verò eo animo, ut aperiret viam hæredibus ab inteſtato (quod in dubio præſumitur) vocantur proximi conſanguinei. *arg. l. pen. & ult. ff. de his, quæ in teſtam. del.* in quarum priori tamen legata, ſi non æquè deleta ſint, ſuſtineri dicuntur. Quòd ſi unum tantùm vel alterum hæredem induxerit, ejus, vel eorum portio, niſi tanquam indignis adempta ſit, accreſcit reliquis, vel devolvitur ad ſubſtitutum,

(a) Quid ſi teſtator hæredem deleat, & alium ſuperinſcribat? Non valet, quia hæc ſuperinſcriptio importat novum teſtamentum, hinc etiam ſolennitates dènuò ſunt adhibendæ. Num ſaltem prior voluntas ſit revocata? Incidit in ſuperiorem quæſtionem, quia eſt tantùm revocatio reſpectiva in favorem ſecundi hæredis, quæ, utpote imperfecta, nulla eſt.

ſi adſit. *l. 2. ff. d. t.* (a) ſi verò tantùm accidentalia deleverit, ſcilicet, legata, tunc vel accreſcunt collegatariis non deletis, ſi conjuncti ſint, vel hæredibus. Minùs, aut nihil nocet, ſi duo adſint exemplaria ejusdem tenoris, & teſtator unum delevit; poteſt enim ejus voluntas ex non deleto cognoſci. *l. ult. ff. eod.* niſi probetur, tabulas ea mente fuiſſe inciſas, ut fiat locus hæredibus ab inteſtato, quod deſumi poterit à circumſtantiis, ſi fortaſſis teſtator abſens tantùm unum exemplar ſecum habuit, illúdque delevit. *Hub. ff. d. t. n. 4.*

5 *Incorruptis*, ſeu *illæſis teſtamenti tabulis* rumpitur teſtamentum, ſi teſtator aliud teſtamentum validum condat. *§. 2. h. t.* quia cùm nemo paganus poſſit duobus teſtamentis decedere. *l. 19 ff. de teſtam. milit.* ultima voluntas rata erit habenda, quoniam voluntas hominis ambulatoria eſt usque ad extremum vitæ ſpiritum *l. 4. ff de adim. vel transf. leg.* Procedit autem data regula I. quamvis teſtator promiſerit, ſe nolle aliud condere teſtamentum, quia nemo poteſt ſibi in ultimis voluntatibus legem dicere. *l. 22. pr. ff. de leg 3.* Imò II. etſi juramentò ad hoc ſe obſtrinxerit, non ex ratione, quòd ſequatur naturam actûs, ùt vult *Hopp. ad §. 2. h.* alìàs enim etiam licitè fieri poſſet, ſed quia juramentum non immutat naturam actûs, conſequenter, cùm teſtamentum eſſentialiter ſit actus ultimæ voluntatis, adeóque revocabile, manet tale; teſtator verò aliud condens teſtamentum peccat contra Religionem, quia juramentum, quod po-

(a) Verùm hoc non caret difficultate: Siquidem poſtquam Ulpianus *in d. l. 2.* dixerat uno hærede deleto reliquam teſtamenti partem valere, & legata ab eo nominatim relicta deberi, ita pergit: *Sed ſi inſtituti nomen induxit, & ſubſtituti reliquit; inſtitutus emolumentum hæreditatis non habebit.* Voet. *ff. h. n. 3. circa fin.* exiſtimat, loco INSTITUTUS legendum, ſenſu ita exigente, SUBSTITUTUS. Ratio hujus emendationis non eſt incongrua, quippe de ipſo inſtituto, cùm fuerit deletus, non erat dubium; ſed tantùm de ſubſtituto, qui juxta ſenſum JCti *in d. l. 2* etiam prò deleto habetur. Et ita ſentit Gothof. *ad d. l. 2* nec non *Zoeſ. ff. h n. 3.* Accedit, quòd pœna illius (inſtituti) hujus (ſubſtituti) præmium eſſe non debeat. *l. 15. pr. ff. de S. C. Silanian.* Aſt, quamvis hæc animadverſio non videatur contemnenda, nos tamen à ſtatione non dimovet, cùm etiam durum ſit, odium inſtituti nocere ſubſtituto, quem hic & nunc magis dilexerat, & ideo non delevit; hinc ſubintrabit regula, quod, ſi inſtitutus non erit hæres, vel ideo, quia non vult, vel non poteſt, ipſe ſubſtitutus vocetur; poteſt enim deléſſe in favorem ſubſtituti, hoc ipſo, quod illum non deleverit. Quòd autem dicam de portione inſtituti non fuiſſe dubium, fallunt Authores celebratiſſimi: ſic enim textus initio habet: *Cancellaverat quis teſtamentum, & ſe propter unum hæredem facere dixerat* - - QUÆREBATUR de viribus teſtamenti DEQUE PORTIONE EJUS, propter quem ſe cancellaſſe dixerat. Jam JCtus prius reſolvit quæſtionem de viribus teſtamenti, quoad reliquos cohæredes atque legata; poſtea deſcendit in ſpecie ad inſtitutum & ſubſtitutum, ſtatuitque, ut inſtitutus emolumentum hæreditatis non habeat, tacitè innuens, emolumentum illud pervenire debere ad ſubſtitutum, non ad cohæredes, utpote, qui aliunde excluduntur à ſubſtituto.

poteſt ſervari ſine præjudicio tertii, vel detrimento animæ jurantis ſervandum eſt *c. 28. de jurejur. c. 2. de pact. in 6.* Procedit III. eſto priori teſtamento adjecta ſit clauſula derogatoria, quâ cavetur, ne poſterius teſtamentum poſtea conditum valere debeat, aut poſſit, quia ſicut teſtamentum ipſum eſt revocabile, ita illa clauſula erit revocabilis, cùm tam parùm, imò minùs, quàm juramentum poſſit immutare naturam teſtamenti. *arg. d. l. 22. pr. ff. de leg. 3.* Neque abſolutè loquendo opus (tutiùs tamen) eſt, ut in ſecundo teſtamento fiat mentio prioris clauſulæ, quia, uti lex ſpecialis poſterior ſine mentione derogat priori, cui eſt immediatè contraria, aliàs quippe nullum haberet effectum; ita ex eadem ratione teſtamentum poſterius derogare debet priori, ut effectum conſequatur. Neque obloquitur *d. l. 22. pr.* ubi dicitur, debere fieri mentionem prioris clauſulæ; nam loquitur de caſu, ubi in eadem ſcriptura teſtator contra clauſulam appoſitam diſpoſuit, quod velle non præſumitur, niſi expreſſam mentionem clauſulæ priùs adjectæ fecerit. Procedit IV. quamvis hæres in ſecundo teſtamento ſcriptus hæreditatem non adiverit, vel V. vivo teſtatore, aut eo mortuo, antequam adiret, deceſſerit, vel etiam VI. conditio, ſub qua inſtitutus eſt, defecerit; hoc enim ſolum ſpectatur, num teſtamentum jure perfectum fuerit, & ita aliquo caſu ex eo hæres exiſtere potuerit. *d. §. 2. h.* aut denique VII. tantùm in re particulari inſtitutus ſit, niſi teſtator expreſſerit ſe velle, ut etiam prius teſtamentum valeat, quo caſu teſtamentum anteà conditum, eſto ſit revocatum, ſuſtinetur tamen in vim Codicilli, ſeu Fideicommiſſi, & ita hæres in poſteriori teſtamento ſcriptus cenſetur tacitè rogatus, ut hæreditatem, retentâ Trebellianicâ, iis reſtituat, qui in priori teſtamento inſtituti fuerant *§. 3. h.* juxta *l. 29. ff. ad S. C. Trebell. l. 12. §. 1. ff. de injuſt. rupt. irrit.* Debet tamen, uti dictum, teſtamentum poſterius eſſe jure perfectum, ſaltem in ſuo genere, ita, ut teſtamentum ſolemne etiam per privilegiatum v. g. militare, vel parentum inter liberos revocetur. *l. 16. §. fin. ff. de teſtam. milit.*

Excipiunt teſtamentum parentum inter liberos, quod revocari non poſſe ajunt, niſi per teſtamentum ſolemne. *Nov. 107. c. 2.* quod *Voët. ff. de injuſt. rupt. irrit.* intelligit, ſi perſona extranea interveniat. Illud ſanè certum eſt, prius teſtamentum per poſterius debitis (in ſua linea, utì dictum) ſolemnitatibus deſtitutum, non revocari, niſi in priori teſtamento hæredes extranei ſint ſcripti, in altero verò illi, qui aliàs ſuccederent ab inteſtato, tunc enim teſtamentum prius per poſterius etiam non perfectum, aut non privilegiatum rumpitur *l. 2. ff. de injuſt. rupt. irrit.* dummodò poſterius ſaltem quinque teſtibus munitum ſit. *l. 21. §. 3. C. de teſtam. ordin. Hopp. ad d. §. 2.* Quòd ſi poſteriores tabulas rurſus te-

ſtator deleverit, & priores adhuc exſtent, an reconvaleſcant? Si probari poſſit, quòd hoc animo fecerit, reconvaleſcere ſaltem de æquitate docere videtur Papinianus in *l. pen. §. ult. ff. de bon. poſſ. ſec. tab. Fabin. controv. l. 5. c. 93.*

Quid autem, ſi adſint duo teſtamenta diverſi quidem tenoris, ſed eodem tempore ſubſignata, ut non ſciatur, quale ſit prius, quale poſterius? Reſp. de Jure civili neutrum valere, quia non eſſe, & non apparere idem ſunt. *arg. l. 30. ff. de teſtam. tut.* Suſtinentur tamen fruſtra diſſentiente Voëtio *ff. de injuſt. rupt. irrit. n. 9.* jure prætorio, per modum unius, ac ſi in eodem teſtamento plures hæredes ſcripti eſſent, per textum notabilem in *l. 1. §. 6. ff. de bon. poſſ. ſec. tab.*

6 IRRITUM fit teſtamentum ex parte teſtatoris, ſi ille ſtatum mutet, & patiatur maximam, mediam, vel minimam capitis diminutionem, *§. 4. b.* vid. *l. 6. §. 5. & ſeqq. ff. de injuſt. rupt.*

Quid ſi reſtituatur in priorem ſtatum, utrùm teſtamentum reconvaleſcat, eſto nihil dixerit, aut expreſsè confirmaverit? Reſpondetur ſub diſtinctione: ſi paſſus fuerit maximam, vel mediam capitis diminutionem ipſo jure (ſed prætorio) reconvaleſcere. *§. 6. b.* At quid opus jure prætorio, cùm tamen jure poſtliminii dicatur reconvaleſcere. *in l. 6. §. 12. ff. de injuſt. rupt. irrit.?* In captis ab hoſtibus non opus eſt jure prætorio, benè verò in damnatis ob delictum, & à Principe fortè reſtitutis, qui jure poſtliminii digni haud ſunt. Neque refragantur verba finalia, *d. §. 12.* ubi capite damnati captis ab hoſtibus æquiparari videntur, pergit enim ibi JCtus: *ergo, & ſi quis damnatus capite in integrum indulgentiâ Principis ſit reſtitutus, teſtamentum ejus convaleſcet.* Ita eſt, convaleſcet, ſed non alio jure, quàm prætorio. *arg. d. §. 6. b. t.* Si verò teſtator minimam capitis diminutionem paſſus fuerit, ſcilicet per arrogationem, & rurſus in ſuam poteſtatem redierit, non aliter teſtamentum reconvaleſcit, quàm ſi declaraverit ſe velle illô teſtamentô decedere. *d. l. pen. §. ult. de bon. poſſ. ſec. tab.* (a) Ratio diſparitatis eſt, quia teſtator maximam, & mediam capitis diminutionem invitus patitur, adeóque non cenſetur receſſiſſe à priori voluntate. Econtra minimam ſponte ſubiit, conſequenter ſponte pariter à ſua diſpoſitione teſtamentaria ſe, ſuáque transferendô in poteſtatem arrogantis, receſſit, nec videtur ad eam redire, niſi hoc exprimat. *Vinn. ad d. §. 6. b.* Sed cur non etiam irritatur teſtamentum, ſi ſuperveniat furor, vel prodigalitas. *§. 1. & 2. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* Ideo, quia in his caſibus non intervenit mutatio ſta-

(a) Et ita ſupplenda eſt *l. 8. §. 3. ff. de jure codicill.* aliâs immediatè contraria, dum ſimpliciter dicit teſtamentum valere, eſto ſe dederit arrogandum, in verbis: *Nam & teſtamentum valet.* Subintellige: *ſi declaraverit.*

ſtatûs, conſequenter ejusmodi impedimenta dicuntur potiùs facti, quàm juris, cùm teſtator maneat adhuc dominus ſuorum bonorum. (a)

Irritum etiam fit teſtamentum, ſeu potiùs DESTITUTUM ex parte hæredis, ſi ille non adeat hæreditatem, vel quia non vult, vel quia non poteſt morte fortaſſis vel naturali, vel civili, puta capitis diminutione maxima, vel media, non etiam minima, præventus. *vid. §. 2. h. §. 4. de hær. qualit. & differ.* Neque exiſtimes hodie poſt *Nov. 1. C. 1. §. 1.* non dari ampliùs teſtamentum hærede deſtitutum, dum ibi non tantùm ſubſtitutis, ſed etiam legatariis fideicommiſſariis, aut hæredibus ab inteſtato indulgetur facultas adeundi ea lege, ut impleant voluntatem defuncti; nam ſi totum textum à præfatione usque ad finem *cit. c. 1.* accuratiùs intueri ſuſtineas, ſtatim apparebit, *Novellam* loqui de caſu, quo hæres, hæreditate jam adita, voluntatem defuncti implere recuſat; loquitur enim de hærede moroſo, moroſus autem dici nequit, qui hæreditatem repudiat, & non vult eſſe hæres: ibi in *§. 1. præfat.* conqueritur Imperator: *Indevotè autem ET RES ADEUNT* (intellige hæredes) *ET EAS percipiunt, & quod eſt juſtum, non faciunt.* Deinde in *c. 1. pr.* ſupponit Cæſar, hæredem fuiſſe decretô judicis admonitum, non ut adeat, ſed ut relicta præſtet: qua ratione autem poterit, qui nondum adiit, decreto judicis moneri, ut relicta præſtet, non videtur: jungantur ea, quæ habentur in *c. 4. pr. cit. Nov.* ubi rurſus clarè ſupponitur, tunc locum fieri aliis (de quibus ſuprà dixerat) ſi hæreditas fuerit adita, admonitio judicialis ſecuta, & annus ex culpa hæredis tranſactus.

TITULUS XVIII.

De inofficioſo Teſtamento.

OFficio Judicis RUMPITUR teſtamentum per querelam inofficioſi, 1
quæ eſt *actio realis univerſalis* (ſeu tutiùs) *remedium juris, quo validè quidem, ſed injuſtè exhæredatus, vel præteritus petit, ut teſtamentum*

(a) IRRITUM pariter fit teſtamentum, ſi teſtator ſe conferat ad locum, ubi ex defectu ætatis, vel alterius impedimenti non poſſet facere teſtamentum *arg. §. 4. de hær. qual. & diff. & l. 6. §. 5. ff. de injuſt. rupt. irrit.* Secus ſi ibi aliæ obſervarentur ſolemnitates, quia quoad ſolemnitates attenditur locus, ubi teſtamentum eſt conditum. Non obſtat priori membro *l. 85. §. 1. ff. de R. J.* ubi utiliter conſtituta durant, eſto veniant ad ſtatum, à quo incipere non poſſent: Aliam quippe huic regulæ regulam opponimus ex *L. 140. §. fin. ff. de V. O.* ubi extingui dicitur obligatio, ſi veniat ad ſtatum, à quo incipere non poteſt. Nónne prior regula probaret, neque rumpi teſtamentum ob mutationem ſtatûs? Quid ſi redeat? Manet invalidum, quia ſponte receſſit. Circa hic dicta videantur tamen, quæ adverimus *in noſtra Diſſ. Acad. ad lib. 1. Pand. in Append. ad Tit. 3. de conſtit. leg.*

tum reſcindatur, & hæreditas ſibi ab inteſtato reſtituatur. Dixi notanter: vel *præteritus:* quod intelligendum in illis caſibus, ubi præteritio habetur pro exhæredatione, de quibus *ad Tit. de exhæredatione liberorum* actum eſt. Dixi ulteriùs, *petit &c.* ubi ſtatim occurrit non leve dubium: Utrùm Querela Inofficioſi ſit tantùm præparatoria ad petitionem hæreditatis, ita, ut per querelam petatur priùs reſciſſio teſtamenti, & poſtea ſubſequi debeat petitio hæreditatis, num verò eadem actione, & reſciſſio teſtamenti, & ipſa hæerditas peti poſſit, ſeu ùt alii dicunt: Utrùm querela inofficioſi ſit diſtincta à petitione hæreditatis? Diſtinctam vult *Cocc.diſp.de diverſ. jud.reſcind. & reſciſſ ſect. 4. §.17. & ſect. 5. §.6.* quem pro more, ſecutus eſt Filius *Jur.contr.ad b.t. quæſt.2.* Eorum rationes ſunt I. quòd petitio oriatur ex teſtamento, vel ab inteſtato. *l. 1. 2. & 3. ff. de pet. hæred.* querela econtra ex neutro capite poſſit competere: non ex teſtamento, quia, qui agit hac actione, eo eſt excluſus: non ab inteſtato, quia extante teſtamento valido ceſſat cauſa inteſtati. II. quòd petitio hæreditatis detur contra illum, qui revera non eſt hæres, ſed tantùm pro hærede, vel poſſeſſore poſſidet. *l. 9. & ſeq. ff. l. 7. C. de pet. hæred.* querela autem contra verum hæredem. Neque reſpondeas cum Clariſſ. DD. Franz *p. m. h. t. n. 4.* etiam querelam inofficioſi dari ab inteſtato, & contra non hæredem, quatenus per querelam fit locus ſucceſſioni ab inteſtato, & hæres teſtamentarius deſinit eſſe verus hæres; nam contra eſt, quòd non debeat in actionibus conſiderari eventus ſententiæ, ſed jus, quod exiſtit tempore litis conteſtatæ, ſeu actionis inſtitutæ. Et ita etiam petitio hæreditatis competere debet, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, & contra illum, qui tempore, quo inſtituitur, non eſt verus hæres, ſed tantùm pro hærede habetur: querela verò tempore litis conteſtatæ neque oritur ex teſtamento, neque ab inteſtato, & competit contra illum, qui eo tempore adhuc verè & formaliter (imo interim etiam effectivè) hæres eſt. III. quòd alio ordine deferatur petitio, alio querela, quia in petitione ab inteſtato fratres indiſtinctè veniunt: in querela tantùm, ſi ſit prælata perſona turpis: ab inteſtato veniunt fratres, & fratrum filii: in querela tantùm fratres. IV. Quòd non ſemper ille, qui querelâ vincit, hoc ipſo hæreditatem conſequatur, ut, ſi agat ille, cui ſucceſſio ab inteſtato non competit, & caſu obtineat. *vid. l. 6. §. 1. ff. h. t.* (a) V. demum

(a) Hæc ratio ita roborari poteſt: ſi querela eſſet ipſa petitio, deberet, qui querela vincit, ſemper obtinere hæreditatem *l. 3. §. 10. ff. de pet. hær.* hoc autem falſum eſt *d. l. 6. §. 1. ff. h.* Sequela verò inde clareſcit, quia aliàs in eadem actione obtineret, & non obtineret: orietur. & non orietur jus. Cape reſponſum. Querela vincens obtinet hæreditatem, eidémque prodeſt victoria contra adverſarium, cum quo agit; non contra illum, qui adhuc jus firmius habet. Fac querelam competere patri, & fili-

Digitized by Google

mum, quòd in illo debeat reſtitui per judicium reſcindens, ſeu querelam, in quo læſus eſt, ſeu quod amiſit, amiſit autem per teſtamentum validum, ſed iniquum, petitionem hæreditatis, in qua reſtitui poſtulat. Ita *Cocc. Junior. cit. jur. contr. tit. quod metus cauſ. q. 3.*

Verùm quia etiam Philoſophia Juridica ſuperflua reſpuit, nec vult multiplicari entia ſine neceſſitate, nulla autem appareat neceſſitas adſtruendi duplex judicium, ſiquidem, qui teſtamentum inofficioſum dicit, nullam aliam actionem, quàm petitionem hæreditatis movere debet *l. 20. ff. b. t.* & hæc petitio hæreditatis eſt ipſa querela, hac enim evincitur hæreditas *l. 21. §. 2. ff. eod.* veriùs defenditur, per eandem actionem, qua petimus, ut teſtamentum reſcindatur, peti etiam ipſam hæreditatem. Ut autem jactis in contrarium fundamentis ſatisfieri poſſit, notandum, petitionem hæreditatis in genere conſideratam dividi (ad exemplum adoptionis) *in petitionem hæreditatis in ſpecie*, quæ datur vel ex teſtamento, vel ab inteſtato contra illum, qui non eſt reverà hæres, & *in querelam inofficioſi teſtamenti*, cui, utpote à priori contradiſtinctæ, hæc prædicata convenire neque debent, neque poſſunt. Adeóque non dicimus, querelam eſſe petitionem hæreditatis *in ſpecie*, ſed ipſimet contendimus ab ea eſſe diſtinctam: querela enim quinquenniò abſolvitur, petitio hæreditatis *in ſpecie* durat integris 30. annis: hoc autem aſſerimus, querelam eſſe ſimul petitionem hæreditatis qualificatam, quâ intra quinquennium petitur, ut reſcindatur teſtamentum, & ſimul ſine alia actione, ſeu petitione diſtincta, reſtituatur hæreditas. Inde patet reſponſio *ad 1, 2. & 3. Ad 4.* pariter relucet hoc non contingere ex defectu actionis, ſed actoris, nam aliàs indubitatum eſt, illi obvenire hæreditatem, cui de jure competit querela, & illâ obtinuit, ita, ut alia actione opus non ſit. *Ad 5.* eò facilior eſt reſponſio, quò difficiliùs Coccei Pater & Filius probare poterunt, habuiſſe querelantem tempore teſtamenti conditi, aut etiam mortis actu petitionem hæreditatis: non tempore teſtamenti conditi, quia uti viventis nulla eſt hæreditas, ita nulla hæreditatis petitio: non tempore mortis, quia valor teſtamenti impedivit, ne naſceretur. (a)

filio defuncti, illúmque priùs agendo obtinuiſſe: hic proderit ſententia contra poſſeſſorem; ſed non contra filium potius jus habentem; hinc, ab eo pater conventus, debebit hæreditatem reſtituere. Si replicas: Inde ſequi contra communes regulas, acta inter alios, aliis prodeſſe: Reponimus, hoc eſſe per accidens, quod eò minùs implicat, quò certiùs eſt, etiam filio æquè, imò potiori jure competiiſſe querelam.

(a) Exiguam vim huic argumento conſtare (ita argutatur noviſſimè quidam obſervandiſſimus) manifeſtè convincunt textus *in l. 17. 27. 41. & 43. ff. ex quib. cauſ. maj.* ex quibus luculenter apparet, læſum ex edicto Prætoris non modo ad ea, quæ priùs habuit, ſed etiam ad lucra amiſſa, & quæ antea non habuit, æquitate poſtulante, reſtitui. Pari ratione & hæc querela moribus fuit in hunc finem introducta, ut jus ha-

Digitized by Google

2 *Cauſa efficiens* nobis unica eſt, & quidem neque Lex 12. Tabb. quia hac lege libera erat teſtandi facultas, neque Authoritas Prætoris, quia Prætor ritè (id eſt validè) exhæredatos non agnoſcit *l. 8. pr. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* Neque lex Glicia, uti cum Hotomano probat Heinec. *Antiquit. Rom. lib. 2. tit. 17. §. 5.* ſed MORES Jure Conſultorum Reſponſis approbati. Cùm enim homines effusâ illâ teſtandi licentiâ abuterentur, variè fuit coarctata, uti innuunt verba Pomponii in *l. 120. ff. de V. S.* & quia JCtis Leges evertere non licebat, nec etiam videretur conſultum arguere parentes alicujus iniquitatis, obtendebant querelantes quaſi furorem, ſeu amentiam paternam, cujus colore rem ad Judicem deferentes petebant, ut teſtamentum ex quaſi furore, ſeu amentia conditum reſcinderetur, *vid. l. 2. & 5. ff. h. t. Bynkersh. obſ. lib. 2. c. 12.* Cæterùm veremur accedere *D.D. Franz p. m.* qui *h. t. n. 6.* pro Cauſa Efficiente proxima dominium hæreditatis, ſeu jus hæreditarium, à quo præter meritum quis excluſus eſt, adſtruit: Siquidem jus hæreditarium hic, & nunc, id eſt tempore actionis inſtitutæ, non eſt penes querelantem, ſed penes hæredem in teſtamento valido ſcriptum: adeóque malumus querelam inofficioſi reducere ad actiones non *Nativas*, quæ jus quoddam prævium, ac proprium ſupponunt, ſed *Dativas*, quæ potiùs in æquitate legibus (ſive ſcriptis, ſive non ſcriptis) approbata fundantur. Hinc etiam conſultò in definitione vocavimus querelam genericè *remedium.* Sed, an reale, vel perſonale? Neutrum propriè dixeris, hoc ipſo, quòd jus rigoroſum non ſupponat: reductivè tamen, cùm ſit quædam ſpecies petitionis hæreditatis, ſpectabit magis ad actiones reales, quàm perſonales.

3 Subjectum querelæ aliud eſt *Activum*, aliud *Paſſivum.* Activum eſt ille, cui competit; competit autem in genere omnibus, quibus debetur legitima, ſi validè, ſed injuſtè fuerint exhæredati, aut præteriti. In ſpecie datur I. DESCENDENTIBUS, quibus tanquam quaſi propria hæreditas addicitur *l. 7. ff. de bon. damnat.* tam *Natis*, quàm *Poſthumis §. 2. Inſt.*

hæreditarium nondum jam quæſitum, ſed à lege deſtinatum, à quo quis per teſtamentum contra pietatem ſubmotus eſt, ejusdem beneficio conſequatur. At perpendere debuiſſet Vir Conſultiſſ. nos formâſſe argumentum ad hominem. Adverſarii à nobis allegati dicunt, hæredem præteritum amiſiſſe petitionem hæreditatis; conſequenter in illa debere reſtitui. Num igitur hæc argumentatió ad hominem exigui ſit momenti, judicent alii. Accedit, quod alia ſit reſtitutio prætoria, de qua *tit. 11.* alia civilis: Illa iſtâ videtur amplior, utpote in æquitate, non in tanto rigore, fundata. Deinde aliud utique eſt RESTITUI quoad ea, quæ nondum habuit, acceſſoriè, ſuppoſito, quod habuerit actionem principalem, & aliud RESTITUI in ipſa actione principali, quam antea non habuit. Illud admittimus: hoc abſolutè implicat, cum RESTITUTIO, utpote repoſitio in priſtinum ſtatum, ſupponat jus amiſſum. An fallimur, vel fallimus?

Inſt. l. 6. ff. h. t. quia in ſui favorem habentur pro natis *l. 7. l. 26. ff. de ſtat. hom.* tam *Legitimis*, quàm *Legitimatis*, tum per conſequens matrimonium *c. 6. qui fil. ſint leg. nov. 89. c. 8.* tum per reſpectum Principis, ſi tempore legitimationis alii non adfuerint *d. nov. c. 9.* vel adfuerint, ſed in reſcripto ſit facta mentio, ut poſſint cum legitimè natis ſuccedere: tam *Naturalibus*, quàm *Adoptivis* adoptione perfecta *l. pen. C. de adopt.* nec non *Arrogatis puberibus*, non item Impuberibus; quoniam iſti habent quartam ex beneficio D. Pii *l. 8. §. 15. ff. de inoff. teſtam.* Nec etiam naturalibus Illegitimis, ſeu ſpuriis in ordine ad teſtamentum patris, benè verò matris *l. 29. §. 1. ff. h. t.* Datur II. ex commiſeratione *l. 7. §. ult. ff. unde lib.* ASCENDENTIBUS, ſi deſcendentes turbato mortalitatis ordine ſine liberis præmoriantur *l. 15. pr. ff. d. t.* Datur III. FRATRIBUS GERMANIS & CONSANGUINEIS (a) (nunquam tamen Uterinis, aut aliis Cognatis *l. 1. ff. h. t.*) ſi iis prælata ſit perſona turpis *§. 1. Inſt. l. 21. & 27. C. h. t.* ſed hic pauliſper gradum ſiſtis, & imprimis

Rogitas, num in Querela obtineat Edictum ſucceſſorium, id eſt, 4
utrùm, ſi non velit proximior, aut non poſſit teſtamentum ùt inofficioſum arguere, admittatur remotior? Affirmativam, ut veriorem indiſtinctè defendit *Clariſſ. DD. Franz h. n. 19.* eámque probare conatur tum ex *l. 14. & pen. ff. eod.* ubi, ſi proximior non velit accuſare, admittitur gradu ſequens: tum ex ratione, quòd judex de inofficioſo cogniturus, non minùs merita nepotis, quàm delicta patris perpendere debeat *l. 3. §. 5. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* At longè conformiùs docent, qui admittunt Edictum ſucceſſorium in diverſo, non item in eodem ordine (b), id eſt, quòd, ſi non velit proximus deſcendens v. g. filius, non admittatur remotior in ordine deſcendentium ſcilicet nepos, ſed alius ordo, nimirum aſcendentium, & in hoc poſteriori ſenſu intelliguntur *textus ſupra citt.* Quòd enim in ordine deſcendenti non habeat locum Edictum ſucceſſorium, nimis clarè deducitur ex *l. 34. C. h. t.* in qua Imperator perſpicuè enarrat, quòd olim, ſi filius exhæredatus deliberante hærede ante que-

(a) Sed quo ordine? Probabiliùs eo ipſo, quo ſuccedunt ad normam *Nov. 118.* ab inteſtato, dummodo ſupponatur caſus, ubi iis competit legitima; hinc cum aſcendentibus etiam admittendi fratres germani, & ſi tum illi, tum iſti deficiant, etiam (ſi ponantur termini habiles) conſanguinei. *Vinn. ad §. 1. h.*

(b) Hoc explicatione indiget, & ita intellectum volumus, non obtinere nimirum Edictum ſucceſſorium in eodem ordine, ſi ille, qui ſuccedere prætendit, jus habeat ab eo, qui non vult, vel non poteſt querelam inſtituere, ut probant noſtræ rationes. Secùs admittimus, quando ſcilicet habet jus independens; hinc ſi non vellet pater impugnare teſtamentum, vel non poſſet, admittendus Avus, utpote, qui ex ſe jus ſuccedendi habet. Item ſi frater germanus nolit, admittendus erit conſanguineus. Ex data ratione.

Digitized by Google

relam præparatam deceſſerit, nepotem OMNE ADJUTORIUM DERELIQUERIT, addita ratione, quia filius (exhæredatus) cùm deceſſit, nullum jus nepoti *dereliquit*, ſeu transmiſit: quem caſum deinde Juſtinianus excepit, & juſſit, ut querela, etiam nondum præparatá transmittatur ad nepotem, ibi: *jubemus in tali ſpecie eadem jura nepoti dari, quæ filius habebat.* Conſequenter extra hunc caſum, quo exhæredatus, hærede inſtituto adhuc deliberante, decedit, querela in nepotem non transmittitur. Inanis, ac futilis eſt reſponſio: Si dicas: nepotem non admitti ex perſona patris ſui exhæredati, admitti tamen ex perſona propria. Nam ſi nepos admiſſus fuiſſet ex perſona propria, in propoſita facti ſpecie non indiguiſſet auxilio Imperatoris, qui tamen ſatis indicat, voluiſſe nepoti quid ſpeciale concedere: quid autem concederet? Nil niſi nuda verba; in effectu verò grande NIHIL. Accedit, quòd ipſe ſuprà *laud. Clariſſ. d. l. n. 35.* in fine doceat unico iſto caſu querelam non præparatam transmitti, ſecùs nunquam *l. 36. §. 2. C. d. t. l. 6. §. fin. l. 7. ff. eod.* Malè etiam pro firmanda ſententia contraria adducitur *l. 3. §. 5. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* dum imprimis deciſio textûs in illa ratione ſe non fundat; deinde agit de caſu, quo filius non fuit exhæredatus, ſed tantùm ex eo, quòd indignam uxorem duxerat, potuiſſet (olim (a)) exhæredari; hinc dicit, quòd ſicut ipſe filius, ſi viveret, poſſet (utpote non exhæredatus) bonorum poſſeſſionem petere, ita & nepos poſſit. Pejùs adhuc diſcurrunt illi, qui ex *l. 1. §. 5. ff. de conjug. cum emancip. lib.* arguunt, emancipatum haberi pro mortuo: quàm arenoſo enim fulcro hæc ratio innitatur, mox infrà videbimus: interim damus diſparitatem, quam à nobis exſpectas, cur admittamus edictum ſucceſſorium in diverſo, non etiam in eodem gradu; ſiquidem nepos non habet jus ſuccedendi, niſi à filio, ſi igitur filius vel non habuit jus querelandi, vel ſi habuit, eidem renuntiavit, nihil ad nepotem transmittitur. Econtra pater defuncti, ſeu aſcendens non habet jus ſuccedendi à deſcendente, ſed ex perſona propria, & inde fluit, quòd in linea aſcendenti non obtineat jus repræſentationis, adeóque, eſto filius defuncti non velit que-

re-

(a) *L. 33. §. 1. C. de inoff. teſtam.* porrò ſenſus *cit. l. 3. § 5.* eſt iſte. Ex eo, quòd filius emancipatus indignam uxorem, pone, meritricem duxerit, potuiſſet non ipſe tantùm, ſed & nepos, quamvis omni culpa carens, exhæredari, ita, ut inofficioſi querelam jure inſtituere haud potuiſſet: Ratio redditur, quia judex de inofficioſo cognitorus non minùs perpendiſſet delictum filii, quàm nepotis merita, & vel ex hoc MERITO eum exhæredatum judicâſſet, quòd ex ignominioſa nuru, & ex matrimonio cum familiæ dedecore contracto progenitus fuerit. Nec etiam novum eſt delicta patris nocere filiis, quoad ea, quæ filii non, niſi dependenter à parentibus obtinent. vid. deſuper *Clariſſ. ac Conſultiſſ. D. Coll. D. de Schloeg. de hæred. neceſſ. c. 2. n. 59. pag. 362.* ubi hunc textum more ſolito eruditiſſimè dilucidat.

relam inſtituere, poterit illius pater, vel alius aſcendens, ſi vivat. Ulteriùs.

Rogitas, utrùm fratribus germanis non indiſtinctè competat querela, etiamſi illis ſit prælata perſona honeſta? Communiſſima ſententia invaluit etiam fratribus germanis (ſicut conſanguineis) non aliter dari, quàm ſi ſit prælata perſona turpis. Fundatur hæc opinio tum in *§. 1. Inſt. b.* ubi fratribus & ſororibus nulla facta diſtinctione inter germanos, & conſanguineos primùm tunc querela competere dicitur, ſi illis fuerit prælata perſona turpis. Ibi: *Soror autem & frater turpibus perſonis ſcriptis hæredibus ex ſacris Conſtitutionibus prælati ſunt; non ergo contra omnes hæredes agere poſſunt.* tum ex *l. 24. ff. eod.* ubi rurſus ſupponitur fratribus generaliter dari tantùm contra perſonas turpes. Verùm de veritate hujus doctrinæ eò magis licet dubitare, quò minùs aliquo textu expreſſo probari poteſt, fratribus germanis eo ſolùm caſu querelam competere, quando illis prælata fuit perſona turpis. Imò indiſtinctè de omnibus dicitur, quòd habeant querelam contra omnes hæredes *l. 1. ff. b. t.* ibi: *Cognati enim proprii, qui ſunt ultra FRATREM, meliùs facerent, ſi ſe ſumptibus inanibus non vexarent:* nec non in *l. 21. C. d. t.* ibi: *cùm nemo eorum, qui ex transverſa linea veniunt, exceptis FRATRE & SORORE, ad inofficioſi querelam admittantur.* Adeóque ſi ex his textibus concludendum foret, dici deberet, fratribus omnibus tum germanis, tum conſanguineis, tum uterinis querelam contra omnes etiam honeſtos hæredes competere: cùm autem hoc in *l. 27. C. d. t.* ita reſtrictum, & cautum ſit, ut uterinis planè non competat, conſanguineis verò tantùm, ſi ſit prælata perſona turpis, quoad germanos, de quibus textus altùm ſilet, manebit locutio generalis in ſuo ſenſu ampliativo, quòd illis indiſtinctè contra omnes hæredes extraneos competat, uti etiam favor conſanguineorum major eſt, quàm uterinorum, ita etiam favor germanorum major erit, quàm conſanguineorum. Textus ita habet: *Fratres vel ſorores uterini ab inofficioſi actione contra teſtamentum fratris vel ſororis penitùs ARCEANTUR, CONSANGUINEI autem durante agnatione, vel non contra teſtamentum fratris ſui, vel ſororis de inofficioſo quæſtionem movere poſſunt, ſi ſcripti hæredes infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ maculâ aſpergantur.* (a) 5

Ne-

(a) Non latet equidem textus *in l. 1. Cod. Theod. de inoff. teſtam.* qui ſic habet: *Fratres uterini ab inofficioſis actionibus arceantur, & germanis tantummodò fratribus adverſùs eos duntaxat inſtitutos hæredes, quibus inuſtas eſſe conſtiterit notas deteſtabilis turpitudinis.* At neque ex hujus textûs ſono victoria canenda eſt; ſed potiùs pro ejus intellectu notandum, olim fratres germanos variè & ambiguè fuiſſe acceptos. FRONTONI veteri Grammatico erant idem, ac utroque parente nati, uti hodie. FESTO idem ac conſanguinei, id eſt, ex eadem ſtirpe nati, VARRONI idem

ac

Neque adeò, ut jactatur, refragabitur *cit. §. 1. h.* quia manifeſtè ſe refert ad ſacras conſtitutiones: hæ autem, ùt eas intuenti patebit, nullibi dicunt, fratres germanos tantùm tunc habere querelam, quando perſona turpis eſt inſtituta. Idcircò unà cum *l. 24. ff. h. t.* ſuam interpretationem deſumit *ex cit. l. 27. C. eod.* Hæc motiva ſententiam receptam adeò nobis ſuſpectam faciunt, ut placeat ſuſpendere judicium: quòd ſi obtortô collô in judicium nos raptum iri contigerit, non deerit in arena conſilium. Certiùs interea nobis eſt fratribus conſanguineis non dari querelam, ſi ipſi pari cum inſtituto maculâ laborant, cùm non poſſint improbare mores in aliis, quos in ſe probant *l. 47. ff. ſolut. matr. l. 1. C. h. t.* Neque valebit dicere, in pari cauſa meliorem eſſe conditionem fratris; nam hoc probaret, quòd militante tùm pro fratre, tum pro hærede inſtituto æquali vitæ honeſtate conſanguineus eſſet præferendus, adeóque quòd eidem competeret querela etiam contra perſonam honeſtam.

Neque illud admittimus jure noviſſimo poſt *nov. 18. c. 4.* ubi omnis differentia inter eos, qui per maſculinam & fœmininam lineam junguntur, ſublata dicitur, querelam competere etiam fratribus uterinis, ùt vult *Hub. h. n. 4.* quia *nov.* tantùm loquitur de ſucceſſione ab inteſtato, ab hac autem ad querelam non ducitur bonum argumentum, cùm ab inteſtato omnes conſanguinei vocentur, non item ad querelam.

6 *Subjectum paſſivum* eſt is, contra quem querela datur: datur autem contra hæredem in teſtamento inofficioſo in- vel ſubſtitutum. Dummodò hæreditatem adierit *vid. l. 8. §. 10. ff. l. 34. l. 36. §. 2. C. h. t.* Nec intereſt, num ſit publicus, vel privatus *d. l. 8. §. 2. l. 10. C. eod.* an fiduciarius, vel fideicommiſſarius *l. 1. C. d. t.* ita ut neque excipiantur cauſæ piæ,

ac uterini tanquam eadem genitrice manantes. Jam, uti patroni ſententiæ contrariæ arguunt, Tribonianum uterinos voluiſſe excludere, nec tamen ſolis Germanis, juxta ſenſum Frontonis, ſed etiam ex eodem tantùm patre natis querelam competere, non ignoraverit optima ratione loco GERMANIS nomen commune nempe CONSANGUINEIS, ut ſignificaret eodem patre (quidquid ſit de matre) progenitos ſubſtituiſſe? Ita & nobis licebit alia conjectura uti, cur hanc voculam mutaverit, nempe ideo, quia etiam germani dicuntur conſanguinei, quaſi eodem germine ſeu ſtemmate progeniti, & hoc modo indicare voluit, bilateralibus indiſtinctè, uti antea, competere. Ergo ſubinfera conditio fratrum conſanguineorum & uterinorum per *d. l. 27.* facta eſt deterior? Quidni. Imò magis per *cit. lib. 1. Cod. Theod.* ubi Conſtantinus, querelam aliàs vagam (cùm & amici egerent, vid. *Heinec. h. t. §. 9.*) & fratribus indiſtinctè competentem (uti ipſe Gothofr. *ad h. l.* eſto aliàs contrarius, admittit, coarctavit. Hinc vix credendum, in materia odioſa per germanos voluiſſe intelligere fratres utroque parente natos, ſed eodem tantùm germine (relictis prioribus in antiquo more) ad ſenſum Feſti progenitos; unde Tribonianus conſultiſſimè *conſanguineis*, id eſt, eodem ſanguine ſeu ſtemmate (non tamen ſimul utero) natis ſubſtituit. Sed de his pro eruditione ſatis.

Digitized by Google

piæ, ut piè monet D. Auguſtinus relatus in *c. ult. c. 17. q. 4.* ibi: *quicunque vult exhæredato filio hæredem facere Eccleſiam, quærat alterum, qui ſuſcipiat, non Auguſtinum, imò DEO propitio neminem inveniet.*

Objectum querelæ eſt partim teſtamentum, quod ùt inofficioſum 7
petitur reſcindi, partim hæreditas, quæ occaſione non relictæ legitimæ reſtitui poſtulatur. Dixi partim *teſtamentum* qualecunque, quod eſt inofficioſum: Excipe teſtamentum militis *l. 8. §. 4. l. 27. §. 2. ff. h. t.* & probabiliùs teſtamentum filiifamilias confectum de peculio caſtrenſi, vel quaſi, id, quod jure veteri certum eſt *l. ult. §. 1. C. d t.* jure autem novo nullibi correctum. Eſto enim in *Nov. 115. c. 4.* dicatur, quòd filio non liceat in iis bonis, in quibus habet teſtandi licentiam parentes ſuos præterire; hoc tamen non eſt intelligendum de filio ſub patria poteſtate adhuc exiſtente, ſed de filio emancipato. Gratis etiam ajunt, non poſſe intelligi de filio emancipato, cùm textus loquatur de illo filio, qui habet facultatem teſtandi de certis tantùm bonis; filius emancipatus autem de omnibus bonis teſtari poteſt: nam ſuppoſitum hoc eſſe falſum patet ex verbis ipſius textûs, quæ nullatenus de certis bonis agunt, ſed ſimpliciter dicunt filios in propriis bonis, in quibus habent teſtandi licentiam debere parentes inſtituere: ibi: *Sancimus itaque non licere liberis parentes ſuos præterire, aut quôlibet modò à rebus propriis, in quibus habent teſtandi licentiam* (non ex ſpeciali privilegio, ſed jure communi) *eas omnino alienare.* (a) Speciale quid eſt in Clerico filiofam. qui, ſi teſtamentum faciat, debet hæredi neceſſariò legitimam relinquere *Nov. 113. c. 19.* qua exceptione firmatur regula negativa de aliis. Dixi: partim *hæreditas*, & quidem regulariter integra, non tantùm legitima, ùt vult *D. D. Someting. h. n. 8. in fin.* cùm ex dicendis infrà hæredis inſtitutio totaliter impugnetur, quamvis legitima, quâ hæres neceſſarius privari non de-

(a) At, ut verum fatear, vix hujus ſententiæ non pœnitet; imprimis enim emphaticè ponit Imperator: A REBUS PROPRIIS, conſequenter de certis bonis, ſeu peculio aliquo; ſiquidem emancipati de omnibus (non utique de alienis) bonis teſtari poſſunt. Additur præterea: IN QUIBUS HABENT TESTANDI LICENTIAM. Quid iſthoc de filio emancipato ſubnecti neceſſum erat? velut optimè diſcurrit *Clariſſ. ac Conſultiſſ. D. Coll. D. Schloig. cit. ſæpius tr cap. 3. n. 25.* Accedit inſuper (& hoc maximè movet) quòd Imperator *in cit. Nov. cap. 4. §. 4. 5. & 7.* hæc verba prorſus diſpoſitivè, & cum energia repetat. In priori ita ait: *Si parentes filios ſuos teſtamentum condere prohibuerint NB. IN REBUS, IN QUIBUS HABENT TESTANDI LICENTIAM.* In altero ſic pergit: *Liberis autem eſſe licentiam nihil in ſuis teſtamentis* DE FACULTATIBUS SUIS. In tertio denique hæc habentur: *Nullatenus eorum parentes ad facultates perveniant liberorum, DE QUIBUS FILII TESTARI POTUERANT.* Ex quibus apparet, Imperatorem fuiſſe locutum de certis bonis, ſeu peculio ſpeciali.

debuiſſet, ſit occaſio querelæ inſtituendæ, unde notanter dixi: *occaſione non relictæ legitimæ.*

8 Eſt autem LEGITIMA *determinata legibus portio, quibuſdam perſonis ex teſtamento, vel ab inteſtato relinquenda.* Dictum fuit notanter: *legibus*, & quidem, ſi loquamur de legitima liberorum, prout illa importat alimenta neceſſaria, *Naturalibus*, ùt benè probat *Huber. h. n. 10.* Dictum fuit: *portio:* ſed quanta? Olim erat indiſtinctè quadrans, ſeu quarta pars hæreditatis inter filios ſive plures ſive pauciores dividenda *§. 3. & ult. Inſt. h.* Hodie vi *Nov. 18. c. 1.* aucta eſt ita, ut ſi ſint quatuor, vel pauciores, ſit *Triens*, id eſt, *tertia pars*, ſi quinque, vel plures *Semis*, media ſcilicet hæreditas juxta vulgatos verſus:

Quatuor aut infrà Natis dant jura trientem.
Semiſſem verò dant Natis quinque vel ultra.
Arbitrium ſequitur ſubſtantia cætera Patris.

Et licèt non pauci dubitent, utrùm hoc augmentum etiam locum habeat in ordine ad aſcendentes, & collaterales; cùm Rubrica præfatæ *Nov. 18.* tantùm de liberis ſit concepta; nobis tamen omne dubium eximunt verba *ſup. cit. c. 1.* ibi; *hæc obſervando in omnibus perſonis, in quibus ab initio quartæ portio decreta erat:* atqui quartæ portio non tantùm deſcendentibus, ſed etiam aſcendentibus, ac collateralibus erat decreta *d. §. 3. & ult. hic.* & ita cum communi tenet *D D. Franz p. m. h. n. 27. Hub. ibid. n. 11.* Ut autem portio hæc legitimè computetur, conſiderandum eſt patrimonium defuncti, uti erat tempore mortis *l. 6. l. 30. §. fin. C. h. t.* ita, ut, ſicut olim, qui relinquebat quartam hæreditatis ab inteſtato conſideratæ, ſecurè teſtatus fuiſſe dicebatur *l. 8. §. 6. ff. h. t.* ibi: *ſi quis mortis causâ filio donaverit quartam partem ejus NB. quod ad eum eſſet perventurum, ſi inteſtatus paterfam deceſſiſſet, puto ſecure eum teſtari. l. 31. C. h. t. l. 2. C de Inoff. donat.* ita & hodie, ſi trientem (quatuor, aut paucioribus) vel ſemiſſem (quinque vel pluribus) illorum bonorum, quæ ab inteſtato ad hæredes perveniſſent, reliquerit, tutè teſtetur. Pone Titium defunctum habere in bonis ſuis, deducto ære alieno, duodecim millia, & ſimul quatuor liberos, legitima erunt hodie quatuor millia inter illos dividenda ita, ut quilibet habeat jus ad mille, nec uni pater plus debeat. quàm mille. Fac ulteriùs habere quinque liberos. Legitima erunt ſex millia inter hos quinque dividenda, ita, ut quilibet habeat jus ad quintam partem ſemiſſis conſequenter nec pater plus debebit cuilibet, quàm quintam partem ſemiſſis, tanquam legitimam portionem hæreditatis ab inteſtato debitæ. *arg. citt. tt.* Quòd ſi benè percepiſti, facilè viam paraſti ad intricatiſſimam illàm controverſiam.

Ut-

Digitized by Google

Utrùm juſtè exhæredatus numeretur inter liberos, & ſe habeat, 9
ac, ſi ſuam portionem accepiſſet, adeóque reliquis illius portio non accreſcat, num verò non numeretur, nec faciat partem (id in idem recidit) ſed reliquis illius portio accreſcat. Optimè nempe reſpondebis, ſemper tam in minuenda, quàm in augenda legitima numerari inter liberos, adeóque illius portionem non accreſcere aliis, ſed (ſi de portione exhæredati nihil diſpoſuerit teſtator) illam obvenire hæredi univerſali, quem magis dilexerat, quàm liberos, quos tantùm inſtituit in legitima. Siquidem teſtator juxta priorem caſum habens quatuor liberos, & in bonis duodecim millia, uni non plus debet, quàm mille, conſequenter tres inſtituti plus, quàm tria millia prætendere non poſſunt, hoc ipſo, quòd adſit quartus, cujus exhæredatio illos non tangit, cùm nemo illorum pro ſua portione plus, quàm quartam trientis illorum bonorum, quæ ab inteſtato accepiſſet, petere poſſit. Idem proportionaliter dicendum de altero caſu, ubi adſunt quinque in ordine ad augmentum; ubi rurſus filius juſtè exhæredatus numerandus quidem eſt, ut legitima fiat Semis; interim tamen portio, quæ exhæredato debebatur, non reliquis filiis, ſed hæredi univerſali obveniret; cum eorum quilibet tantùm jus ad quintam partem ſemiſſis habuerit. Incallum itaque cum *D. D. Franz d. l. num. 29. Voëtio ff. ibid. n. 49. & aliis.*

Opponis I. Exhæredatum haberi pro mortuo *l. 1. §. 5. ff. de conjung. emanc. lib. ejus.* II. Hanc ſententiam eſſe deciſam *in Nov. 22. c. 21. pr. & c. 47. in pr.* ubi portio ingrati non ingratis accreſcere ſtatuitur. III. Non videri veroſimile, patrem magìs dilexiſſe extraneum, quàm liberos, adeoque præſumendum, voluiſſe, ut portio exhæredati potiùs his, quàm illi accreſcat; Dum IV. Jus accreſcendi in legitima obtinere, colligi poteſt *ex l. 21. §. 2. ff. de jur. patron.* & clariùs *in l. 17. pr. ff. b. t. l. 10. §. 4. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* ubi dicitur, exhæredatum non facere partem, ſi non facit partem utique aliis accreſcit? Nam ad *primum* mirum videtur potuiſſe textum illum ſeducere viros in Jurisprudentia tam probè verſatos, quibus non poteſt falſitas hujus generalis dicterii (quod ultra caſum legis vix obtinere poteſt) non eſſe nota. Si enim exhæredatus haberetur pro mortuo, nepos, filio exhæredato, rumperet teſtamentum avi, quod falſum eſſe patet ex *l. 9. §. 2. ff de lib. & poſth.* Caſus legis eſt de filio emancipato exhæredato, qui haud dubiè jure prætorio pro mortuo habetur, cùm prætor exhæredatos non agnoſcat *l. 8. pr ff. de bon. poſſ. contr. tabb.* Ad *ſecundum* legenti patebit, ineptiſſimè pro hac ſententia hunc textum adduci, cùm non de legitima, ſed de lucris nuptialibus ibi ſit ſermo. Quî enim mater, de qua ſit mentio *in d. c. 47.* cum filiis ad legitimam concurrere poſſit, non videtur. Ad *tertium*, quòd teſtator magis

giſ extraneum dilexerit, quàm liberos ex eo deducitur, quia illum in omnibus bonis inſtituit, hos verò tantùm in legitima. Ad *quartum* in legitima obtinere jus accreſcendi negatur, in hæreditate verò, ſeu in ipſa querela conceditur. Fac duos fuiſſe exhæredatos, unum autem querelam inſtituere, alterum non: portio non querelantis accreſcit alteri, qui teſtamentum ùt inofficioſum impugnavit, & obtinuit, & de hoc caſu ſunt intelligendi omnes textus, qui dicunt exhæredatum non facere partem, ſed habere locum jus accreſcendi. Ratio diverſitatis eſt, quia ipſi exhæredati in querela per exhæredationem conjuncti ſunt, hinc portio deficiens inſtituenti accreſcit, ſuppoſito, quòd alter noluerit agere, antequam enim conſtet, an alter velit, vel nolit agere, haud dubiè etiam partem facit. *l. 8. §. 8. ff. b. t.* Inſtitutus econtrà & exhæredatus non ſunt conjuncti, & quidem non à teſtatore, ùt per ſe patet: non à lege, quia ex dictis quilibet habet jus ſeparatum ad ſuam partem legitimæ. (a) 9

Ut legitima benè computetur, debent inſuper imputanda imputari; imputandum autem in legitimam omne id, quod ex ſubſtantia teſtatoris purè, & ſine gravamine profectum eſt, ac ſpecialiter Lex imputari voluit *l. 29. l. 30. §. 2. l. 35. §. 2. l. 36. in fin. pr. ff. b. t.* adeóque non tantùm, quæ titulô inſtitutionis, ſed etiam legati, fideicommiſſi, donationis mortis causâ, dotis, aut etiam donationis inter vivos ea lege factæ, ut imputetur. *l. 25. ff. d. t. l. 35. §. 2. C. eodem.* Addatur *l. pen. C. de collat.*

10 Ex his ſuboritur alind dubium, an legitima ſit pars bonorum, an hæreditatis.

Dicendum cum *Voëtio ff. b. t. num. 44.* eſſe potiùs partem bonorum, quàm hæreditatis, non modò, quia ita appellatur *in l. 6. C. d. t.* & primùm deducitur poſt æs alienum *l. 8. §. 9. ff. eod.* ubi nil, niſi bona, rema-

(a) *Exinde* probè notabis, illos tantùm in querela partem facere, quibus aliàs competit, vel competeret querela, causâ ingratitudinis non commiſsâ. *l. 8. §. 8. l. 17. & 24. in fin. ff. b. t. l. 10. §. 4. & 5. ff. de bon. poſſ. contr. tabb.* Hinc juſtè exhæredatus partem facit, illáque remanet penes hæredem, ita ùt alter injuſtè exhæredatus, & querelam movens, non poſſit impugnare totum teſtamentum. Quod ſi quis ſolus inter plures hæredes ab inteſtato querelâ potiatur, impugnat totum teſtamentum, nihilque remanet penes hæredem inſtitutum (niſi ſit talis, qui ab inteſtato veniret, eſto eidem aliàs non competeret querela *arg. l. 15. in fin. l. 19. & 24. ff. b. t.* juncta *l. 4. in fin. & l. 12. ff. de dol. mal. & met. except.*) nihilque pariter venit ad alios hæredes ab inteſtato, quibus, utpote querela deſtitutis, non eſt illata injuria. Paucis: plures injuſtè exhæredati ſibi invicem non faciunt partem, adeóque gaudent jure accreſcendi: ſi alii juſtè alii injuſtè ſint exhæredati juſte exhæredati, aliis partem faciunt, ut hi non poſſint impugnare totum teſtamentum. Unus econtra injuſte exhæredatus totum teſtamentum (ſalva limitatione data) impugnat. vid. *Clariſſ. D. D. de Schlosg. Coll. obſervandiſſ. cit. tr. c. 3. n. 61. & ſeqq.* ubi hanc quæſtionem nervosè, ut ſolet, fuſiúsque reſolvit.

Digitized by Google

manet *l. 49. ff. de V. S.* ſed etiam, quia olim poterat relinqui titulô particulari *§. ult. h. t.* & hodie ſaltem in re particulari *nov. 115. c. 5.* quo caſu inſtitutus legatarii locô habendus eſt *l. 13. C. de hered. inſtitut.* Et quamquam hodie (ſi tamen verū eſt (a)) titulo inſtitutionis ſit relinquenda, hoc non in detrimentum, ſed in favorem liberorum cautum eſt. Multùm enim intereſt, utrùm *hæreditatis*, vel *bonorum partem* legitimam defendas. Si enim priùs ita, ut filius tanquam hæres legitimam petere contendas, admittere ſimul cogeris teneri eum pro ſua portione, etiam ad æs alienum, ſi hæreditas ad expungenda debita non ſufficeret, ſi verò ſit pars bonorum, liberatur reſtituendo id, quod legitimæ nomine conſecutus eſt. Deinde in ſola inſtitutus legitima, quæ bonorum, non hæreditatis pars dicitur, poteſt res ſuas à patre malè diſtractas in totum revocare, quod facere non poſſet, ſaltem quoad partem, pro qua eſt hæres, ſi illum verum hæredem eſſe velimus. *l. 14. C. de R. V.* latiùs *cit. Voët. d. n. 44. & ſeq.*

Forma querelæ ſtat in modo illam deducendi in judicium. Olim 11 debebat exhæredatus probare, ſe fuiſſe ſine juſta cauſa exhæredatum, adeóque ſe fuiſſe morigerum. *l. 5. §. 1. ff. l. 28. C. h. t.* Hodie verò, ſi deſcendentes, vel aſcendentes querelâ experiantur, debet hæres inſtitutus probare fuiſſe commiſſam cauſam ingratitudinis *nov. 115. c. 3. & 4.* In fratribus obtinet adhuedum jus vetus, cùm quoad hoc nihil legatur immutatum. Et quod mutatum non eſt, ſtare non prohibetur. *l. 27. C. de teſtam.*

Effectus querelæ alius eſt, ſi actor ſuccumbat, alius ſi vincat: ſi 12 ſuccumbit, amittit omnia ſibi in teſtamento relicta, niſi ante ſententiam deſtiterit, aut errore probabili ad accuſandum proceſſerit, vel ſolennia magìs, quàm judicium defuncti impugnaverit *l. 8. §. 14. ff. h. t. l. 5. §. 1. l. 24. ff. de his, quæ ut indig. D. D. Franz p. m. h. n. 34.* Si vincit, totum teſtamentum reſcinditur *d. l. 8. §. pen. l. 13. l. 28. ff. h. t.* ſalvis tamen jure noviſſimo, ſi aſcendentes vel deſcendentes teſtamentum impugnent, le-

(a) An de hoc poſt *nov. 115. c. 3.* ubi expreſſe decernitur, filios debere, niſi cauſam ingratitudinis commiſerint, inſtitui, dubitari poteſt? Quin debeant inſtitui, non eſt dubitandum, quod autem in ipſa legitima debeant inſtitui, *nov. cit.* non decidit. Quid hoc, ais, ineptius? utique debent inſtitui in portione ſibi debita? At hoc ipſum negari poteſt. Quippe, ſi olim poterat legitima filio exhæredato titulo particulari relinqui. *§. f. h* Cur non & hodie (ſuppoſitis terminis habilibus) filio inſtituto, cùm nullibi jus vetus hoc in paſſu legatur correctum? Pone teſtatorem ita ſcripſiſſe: TITIUS FILIUS MEUS, ET SEMPRONIUS FRATER MEUS HÆREDES SUNTO: TITIO VERO FILIO PRÆLEGO LEGITIMAM. An putas, hoc adeo repugnare juris principiis, ut dubio non ſit locus? vel ego hæc principia non capio, vel certè non adeo, ut tibi imaginaris, ſunt perſpicua. Jam elige, vel ſaltem electionem mihi, bonis avibus, relinque.

gatis, fideicommiſſis, libertatum, ac tutelarum dationibus *nov.* 115. *c.* 3. & 4. Unde fallit hic regula, quòd corruente principali corruant etiam acceſſoria. Victoria autem probabiliùs non prodeſt hæredibus ab inteſtato, v. g. fratribus conſanguineis, ſed tantum illis, quibus querela competiiſſet; nam non reſcinditur, niſi in quantum fuit inofficioſum, reſpectu fratrum autem (niſi prælatâ perſonâ turpi) non fuit inofficioſum, Latiùs *Voët. ubi ſuprà num.* 11. (a)

Quid ſi fratri fuiſſet prælata perſona turpis, & altera honeſta? Quoad perſonam turpem reſcinditur, quoad honeſtam verò manet. Neque enim implicat ex ſententia Judicis ſuperveniente, aliquem decedere partim teſtatum, partim inteſtatum. *vid. l.* 24. *ff. d. t. Voët. ibid. n.* 9.

Quid, ſi ille egerit, qui jus querelandi non habet, & caſu obtinuerit? Si totum teſtamentum impugnavit, ſententia non victori, ſed hæredibus ab inteſtato prodeſt, quia ſubintrat cauſa inteſtati *l.* 6. *§.* 1. *ff. eod.* Si ſolummodo partem teſtamenti impugnavit eligendo tantùm ſibi unum hæredem, defenditur actor authoritate rei judicatæ. *l.* 25. *§.* 1. *ff d. t.*

13. Contraria querelæ ſunt modi, quibùs ceſſat. Ceſſat autem I. ſi teſtator ſit perſona privilegiata ſcilicet miles *l.* 8. *§.* 4. *ff. b. t.* vel II. ſi bona mente, ut filio impuberi potiùs conſulatur, alio hærede, qui onera hæreditaria interim in ſe ſuſcipiat, inſtituto, exhæredatio facta fuerit *l.* 18. *ff. de lib. & poſtb. l.* 16. *§.* 2. *ff. de curat. furioſ.* debebit tamen, ùt probè advertit *Hub. hìc num.* 13. teſtator apponere cauſam ſui judicii, veluti innuunt verba JCti in *d. l.* 16. *§.* 2. *ff de curat. furioſ.* ibi: *additâ causâ, neceſſitatéque judicii ſui.* Ceſſat III. ſi filio aliquid titulo inſtitutionis reliquerit, ne ſit præteritus: & tunc habet actionem ad ſupplementum *§.* 3. *Inſt. b. l.* 30. & 32. *C. b.* Eſt hæc actio perpetua, cùm teſtamentum non reſcindat, adeóque magis eſt favorabilis, tranſítque ad hæredes, vid. pluribus *Voët. ff. b. n.* 67. & *ſeqq.* Dixi notanter *titulo inſtitutio-*

(a) Accedit, quòd acta inter alios aliis nec proſint, nec noceant. *tot. tit. C. int. alios acta jungat l.* 63. *ff. de re jud.* Facit etiam, quod executio debeat eſſe conformis ſententiæ, quæ tantùm pro querelante fuit lata. At hic notandus Hub. *ff. b. t. n.* 10. ubi, poſtquam admiſit, querelam non prodeſſe hæredibus ab inteſtato, docet, id quod ſuprà legitimam extat, manere penes hæredem ſcriptum. Id, quod oppido falſum videtur, poſtquam *in nov.* 115. *c.* 3. & 4. deciſum eſt, hæredis inſtitutionem penitùs annullari, in verbis: *Sed quantum ad INSTITUTIONEM HÆREDUM pertinet teſtamento evacuato &c.* Item: *NULLAM VIM hujuſmodi teſtamentum QUANTUM AD INSTITUTIONEM HÆREDUM habere ſancimus.* At, inquit Hub. jus accreſcendi non poteſt obtinere, cum deficiat conjunctio. Adeſt conjunctio legalis. Inſtat: pater tantùm à legitima fuit iniquè excluſus. Ita eſt, ſed occaſione hujus iniquæ excluſionis, & ob injuriam illatam totum teſtamentum impugnat. Videatur quid ſimile *in l.* 2. *C. de reſt. vend.* Limita, ſi hæres inſtitutus cum querelante pari jure gaudeat, ex ſupra notatis.

Digitized by Google

tionis. Ubi notanda eſt differentia juris veteris à jure novo. Jure veteri dummodo filius (non tamen præteritus, ſed ritè exhæredatus) legitimam integram habuerit, quôcunque demum titulô, querela excludebatur *d. §. ult. h. t.* hac deficiente, vel fortè non completâ, obtinebat, ſaltem contra extraneos; querela, ùt colligitur ex loco Pauli *lib. 4. ſent. tit. 5. arg. l. 3. C. h. Vin. ad §. 3. h. n. 1.* Jure novo ſufficit pro efficaci teſtamenti valore, quòd ſit inſtitutus, ſive deinde portio filio relicta legitimam conficiat, ſive non. *arg. d. l. 30. & 32. C. h. juncta nov. 115. c. 3. & 4.* adeóque olim cynoſura excludendæ querelæ erat legitima, hodie inſtitutio, qui titulus non tantùm honorabilis eſt *l. 5. §. 6. ff. de leg. præſtand.* ſed etiam ratione juris accreſcendi utilis. *Hopp. h. ad §. 3.* Ceſſat IV. ſi remedio nullitatis exhæredatus ad hæreditatem valeat pertingere *arg. l. 16. ff. de min.* V. ſi renunciet (intellige poſt mortem patris *arg. l. 35. §. 1. & 2. C. h. t.*) expreſsè vel tacitè petendo ſine neceſſitate officii (hodie aliter) (a) legatum *l. 10. §. un. l. 12. ff. h. t.* vel etiam permittendo

(a) Sed cur? quia legata debentur, eſto teſtamentum fuerit inofficioſum, uti ex dictis planum eſt. Idcirco, quamvis quis legatum petierit, per hoc teſtamentum non ſimpliciter approbavit. Secus olim; nam hoc ipſo, quod per querelam inofficioſi etiam legata fuerint extincta, legatum petens ex conſequenti arguebat, vel teſtamentum non eſſe inofficioſum, vel ſaltem querelæ tacitè renunciabat, quia querela & legatum ſimul (ùt hodie fit) ſtare non poterant. Verum non deſunt Adverſarii, qui ita arguunt. *Nov. 115.* non eſt intelligenda de legatis ipſi exhæredato, ſeu præterito, ſed aliis relictis. Hanc limitationem, de qua textus nec à longè quid habet, doceri cupimus. Jam audiamus! Veroſimile eſt, ajunt, Imperatorem voluiſſe legata ideo ſubſiſtere, ut teſtantium voluntatibus ſuccurreret, & ne illæ ultra quàm inofficioſæ eſſent, ſubmoverentur. Quis autem credat, voluiſſe teſtatorem, ut is, quem maximè ab hæreditate excludere conatus eſt, legatum præ reliquis cohæredibus præcipuum habere debeat, vel poſſit? Vix non omnia in hoc diſcurſu ſunt ultra meum captum. An notum eſt imprimis exhæredatum, vel præteritum quid capere præter, imò contra voluntatem defuncti? Nónne, etiam juxta patronos contrarios, impugnat totum teſtamentum ſaltem quoad hæredis inſtitutionem, & ita non tantum legitimam, ſed totam hæreditatem obtinet? Quippe voluntas defuncti in quantum exhæredato eſt nociva, & iniqua non attenditur, cum Imperator principaliter voluerit favere exhæredato, qui utique non debet eſſe deterioris conditionis, quàm alii legatarii. Supponitur præterea in hoc diſcurſu, præteritum, ſeu exhæredatum debere habere cohæredes, quibus legatum præcipiat. Sed hoc planè gratis, & vix non pro caſu impoſſibili, aut ſaltem rariſſimo adſtruitur. Utique hic non loquimur de inſtituto, qui haud dubiè, ut prælegatum ſubſiſtat, debet habere cohæredem? Status quæſtionis impræſentiarum eſt, num poſt *nov. 115. c. 3. & 4.* qui legatum petiit cenſeatur agnoſcere teſtamentum. Id quod negamus, cum legata debeantur etiam ex teſtamento inofficioſo; neque hic opus eſt fingere cohæredem. Caſus hic eſto. Titius, filio, quem unicum habebat, exhæredato, Cajum amicum, vel uxorem ſuam hæredem inſtituit, Titio tamen filio legatum reliquit. Titius patre defuncto, antequam deliberâſſet, num velit impugnare teſtamentum, legatum ſibi, ùt credebat,

cer-

do, ut labatur quinquennium ab adita hæreditate numerandum *d. l. 8. §. fin. l. 34. in fin. l. 36. §. ult. pr. C. eod.* Et demum VI. niſi fuerit præparata morte *l. 6. §. fin. l. 7. ff. h.* caſum ſuperiùs excepimus de filio, qui querelam etiam non præparatam transmittit, ſi moriatur antequam hæres hæreditatem adiverit. *d. l. 34. & 36. §. 2. C. d. t.*

TITULUS XIX.

De hæredum qualitate, & differentia.

§. I.

Explicatur Rubrica.

1 TAndem ad *Effectum Teſtamenti*, qui in eo conſiſtit, ut exinde acquiratur hæreditas, perventum eſt. Cùm autem hæreditas non eôdem modô, ſed pro qualitate, ſeu varietate hæredum acquiratur, præmittendum eſt, alios eſſe hæredes Neceſſarios tantùm, alios Neceſſarios, & Suos ſimul, alios Extraneos. *princ. Inſtit. h.* NECESSARII TANTUM erant olim ſervi, qui, ſive voluerint, ſive noluerint, protinùs ipſo jure hæredes fiebant, atque actionibus hæreditariis ſine ulla aditione (a) obſtringebantur. Hos inſtituere ſolebat facultates ſuas ſuſpectas habens, ut, ſi creditoribus ſatisfieri non poſſet, potiùs hæredis, quàm defuncti bona publicarentur: pro ſolatio tamen nanciſcebatur ſervus libertatem *§. 1. h.* NECESSARII ET SUI ſimul dicuntur illi, qui tempo-

certè debitum petit. Poſtea teſtamentum ùt inofficioſum impugnat: Hæres ſcriptus excipit, filium petendo legatum jam tacitè approbâſſe teſtamentum. Filius replicando hoc negat, addita ratione, quod legatum non ampliùs dependeat (ſaltem quoad novellas ſolemnitates) à valore teſtamenti. Hæres duplicabit quidem, Novellam eſſe intelligendam de legatis aliis non exhæredato relictis: & hujus aſſerti probatio haud dubiè incumbet hæredi, cum Novella non diſtinguat; ſed generaliter ſtatuat, valere legata: Nec ratio diſtinguendi eſt tam prægnans, ut victoriam hæredi canere poſſimus, nec fortè canent alii, niſi pauciſſimi. Jam quid hìc opus fingere cohæredem, cui exhæredatus legatum præripiat?

(a) Ad quam aliunde cogi non poterant, *l. 3. in fin. C. de hæred. inſt.* Erant itaque ipſo jure hæredes, negata prorſus facultate abſtinendi, *l. 57. §. fin. ff. de A. vel O. H.* Ut autem ſervus fuerit ipſo jure hæres, debebat ſolus eſſe inſtitutus; plures enim hæredes neceſſarios lex Ælia Sentia non admittebat, eſto in ordine ad alios effectus hæreditarios potuerint plures inſtitui. vid. *l. 42. 43. & 60. ff. de hæred. Inſtit.* Item *pr. Inſt. quib. ex cauſ. manumitt.* Huc etiam faciunt *l. 58. ff. de A. vel O. H.* ubi ſtatim à morte teſtatoris competit libertas, quam à ſe ipſo capere dicitur, & *l. 63. ff. eod.* ubi furioſus (qui adire non poteſt) hæres neceſſarius fieri dicitur. Limitatio, quòd debeat eſſe ſolus, habetur *in l. 88. ff. de hæred. inſtit.*

Digitized by Google

pore mortis teſtatoris (vel fortè meliùs cum *Vinn. ad h. num. 1.* delatæ hæreditatis, ut includatur nepos jus ſuitatis poſt mortem teſtatoris acquiſiturus (a)) proximè ſunt in illius poteſtate conſtituti: ideo *Neceſſarii* nuncupati, quia etiam, veluti ſervi, nolentes volentes hæredes eſſe cogebantur; poſtquam autem jure prætorio jus abſtinendi ab hæreditate, ſeque *juxta l. 57. ff. de A. vel O. H.* ab oneribus hæreditariis liberandi adepti ſunt, *Neceſſarii* dici poſſunt, quia debent neceſſariò hæredes inſtitui. *Sui* vero ideo appellantur, quia in ſua quaſi bona ſuccedunt *arg. l. 11. ff. de lib. & poſth. vid. §. 2. h. & §. 2. de hæred. quæ ab inteſtato def.* EXTRANEI verò vocantur omnes alii, qui poteſtati teſtatoris non ſunt ſubjecti: conſequenter etiam filii emancipati non quidem ratione *inſtitutionis*, ſeu *ſucceſſionis*, quatenus etiam debent neceſſariò inſtitui, ſed ratione *tranſmiſſionis* huc ſpectant: quoniam non ipſo jure ſunt hæredes veluti ſui, ſed opus eſt aditione, ita, ut antea hæreditatem non transmittant, niſi *jure ſanguinis* ad ſuos deſcendentes *l. un. C. de his, qui ante apert. teſtam. tabb.* dum interim ſui, ſi ante immixtionem decedant, hæreditatem jure ſuitatis ad quoscunque hæredes transmittunt *l. 8. C. de ſuis & leg. hæred.* quam differentiam adhuc hodie vigere, teſtis eſt *Hopp. ad §. 3. h.* (b) In extraneis hæredibus illud inſuper obſervandum eſt, quòd debeat eſſe cum iis teſtamenti factio *§. 4. eod.* quod non eò collimat, ac ſi cum ſuis non foret hæc neceſſaria, ſed ideo, quia vix aliquis poterit eſſe ſuus, quin ſit teſtamenti factionis, ſeu hæreditatis acquirendæ capax, cùm iis modis, quibùs deſinit eſſe teſtamenti factionis capax, hoc ipſo etiam, ſi ſit ſuus, deſinit eſſe talis. *Hub. & ad eum Thomaſ. h. n. 2.* Jam hæc capacitas duobùs temporibùs ſpectanda venit, ſcilicet tempore conditi teſtamenti, ut inſtitutio ſubſiſtat, & mortis teſtatoris, ut effectum habeat. Quòd ſi inter hæc duo tempora incapacitas ſupervenerit, non nocet, dummodo duobus his extremis capax exſtiterit, & poſtea permanſerit usque ad aditionem, quæ etiam vel maximè ſpectanda *§. 4. h.* adeò quidem ut ſuperveniens à morte incapacitas abſque dubio noceat. Limita, ſi fuerit inſtitutus ſub conditione, quo caſu, ſi medio tempore inter mortem videlicet & adventum conditionis intervenerit incapacitas; dummodo tempore advenientis conditionis ceſſaverit, rurſus hæredi non nocet *d. §. 4. d. t.*

(a) Non obſtat, quod extraneus duobus temporibus debeat eſſe capax, ſcilicet tempore conditi teſtamenti, & mortis teſtatoris, ex mox dicendis. Nam aliud eſt, ſi ſermo ſit de capacitate, aliud de qualitate hæredis. Illa quippe ſpectat ad valorem teſtamenti ſimpliciter, non item hæc, cum non de capacitate, ſed qualitate (videlicet non an poſſit, ſed qualis ſit) hæredis quæratur.

(b) Vid. quæ notavimus ſuperiùs *de vulg. ſubſt. n. 6.*

2 Ex his relucet, hæredibus tum neceſſariis tantùm, tum neceſſariis & ſuis ſimul ipſo jure & citra, imò contra eorum voluntatem, obveniſſe hæreditatem *§. 1. & 2. Inſt. h. l. 14. ff. de ſuis & leg. hæred. l. 11. ff. de lib. & poſthum.* donec Prætor *Suis* facultatem abſtinendi (ſalvîs quoad effectus hæredi Suo favorabiles, de quibus *Vinn. ad §. 2. h. n. 5.* & nos paſſim, ſuitatis juribûs. *arg. l. 12. ff. de condit. inſtit. l. 12. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.*) impertitus fuit. Iſti, ſi hæreditatem retinere velint, dicuntur *ſe immiſcere*; extranei verò *Adire.*

Eſt autem aditio *actus*, *quo hæres declarat ſe hæreditatem delatam acceptare.* Quod fit vel expreſsè vel tacitè, ſi nimirum hæres ſe pro hærede gerat illa faciendo, quæ alio, quàm hæreditario jure fieri nequeunt, ùt ſi agat contra alium judicio familiæ erciſcundæ *arg. l. 1. §. 1. juncta l. 36. ff. fam. erciſc.* ſi cum legatariis tranſigat *arg. §. pen. ad Leg. Falcid.* conſul. *§. fin. h. t.* Secùs ſi ea faciat, quæ etiam extraneus facere poteſt. Ut ſi curaret, ſepeliri defunctum. *vid. l. 20. §. 3. & ſeqq. ff. de A. vel O. H.* & latiùs *Voët. ff. ibid. à num. 5. usque ad 8.* Interim tamen faciliùs animus hæredis præſumitur in Suis, (a) quàm Extraneis *vid. d. l. 20. §. 1. juncto §. 3. d. t.* hinc ſi ille conditionem impleat, animum hæredis manifeſtat *l. 86. §. 1. ff. de hæred. inſtit.* non item iſte *l. 1. §. 1. ff. de condict. cauſa dat. cauſ. non ſecut.*

3 Adire autem poſſunt, qui contrahere, & contrahendo obligari *arg. §. 1. de authorit. tut. l. 9. §. 3. ff. d. t.* Siquidem, adita hæreditate, non tantùm obſtringitur creditoribus hæreditariis, ſeu ipſius defuncti, quorum reſpectu repræſentat ejus perſonam, ſed etiam teſtamentariis, id eſt legatariis, & fideicommiſſariis, quibus tenetur actione perſonali ex teſtam. *vid. §. 5. de obl. quæ quaſ. ex contr.* Opus igitur eſt tum in pupillo authoritate tutoris *l. 5. C. de jur. delib.* tum in prodigo (idem de minorenni) conſenſu curatoris. Pro furioſo autem, & pro infante (quia iſti conſenſum neque naturalem ponere poſſunt) ipſe tutor, vel curator adit *l. 18. §. 2. C. de jur. delib. l. ult. §. 3. & 7. C. de curat. furioſ.* quamvìs aliàs aditio hæreditatis, utpote actus legitimus *l. 77. ff. de R. J.* per alium fieri non

(a) Qui tamen, ſicut extraneus, facto quodam immixtionem declarare debet; nec enim, ut quidam exiſtimant, ex ſola taciturnitate immixtio præſumenda; ſed à creditoribus probanda eſt. Eſto namque Sui ipſo jure ſint hæredes, ſummóque jure creditoribus paternis teneantur *l. 57. & l. fin. ff. de A. vel O. H.* poſt obtentum nihilominus beneficium abſtinendi, efficaciter conveniri nequeunt; niſi probetur actualis immixtio, quæ, veluti aditio, facti eſt. Textus huc quadrantes ſunt *l. 1. §. 7. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. 12. ff. de A. vel O. H. l. 89. ff. de legat. 1. l. 1. C. ſi min. hæred. ſe abſtin.* Neque dicas: Juris eſt, ſuos hæredes eſſe ipſo jure hæredes, quæ autem juris ſunt, probatione non indigent. Nam hoc verificatur ſolummodo in actu primo, & de ſummo juris rigore; non item efficaciter, & in actu ſecundo, cum ſemper competat exceptio non factæ immixtionis.

Google

non poſſit. *arg. l. 123. ff. eod. l. 90. ff. de A. v. O. H.* ubi JC. *Per curatorem hæreditatem acquiri non poſſe.* Quam ſubtilitatem tamen in bonorum poſſeſſione, cùm magìs æquitate regatur, non obſervari, Author eſt Ulpianus in *l. 3. §. 7. ff. de bon. poſſ.* ibi: *Acquirere quis bonorum poſſeſſionem poteſt vel per ſemetipſum, vel per alium.* Cæterùm adiri debet hæreditas purè, quia actus legitimi conditionem, aut diem non admittunt *d. l. 77. ff. de R. J.* Dicuntur quidem in *l. 23. ff. quæ in fraudem credit.* hæredes adiiſſe hæreditatem ea conditione, ut creditoribus tantùm partem debiti præſtarent. At per conditionem ibi pactum inter hæredes, & creditores, non vera conditio intelligitur: ſenſus igitur eſt, quòd præceſſerit pactum de parte tantùm ſolvenda; eóque præmiſsô aditio pura ſubſecuta fuerit. Debet inſuper adiri *in ſolidum*, non enim poteſt pars adiri, & pars repudiari *l. 1. & 2. ff. de A. v. O. H.* ne teſtator ex facto hæredis partim teſtatus, partim inteſtatus contra *l. 10. ff. d. t. & l. 7. ff. de R. J.* decedat.

Uti autem hæc requiſita etiam ad immixtionem ſunt applicanda, ita 4
tam aditionis, quàm immixtionis idem eſt proportionaliter effectus, & quidem I. quòd hæres obtineat (vel in hærede ſuo confirmetur) dominium rerum hæreditariarum *l. 14. C. de jur. delib.* II. quòd jura tam activa, quàm paſſiva tranſeant in hæredem *l. 37. ff. de A. v. O. H.* III. ejúsque perſonam repræſentet *nov. 48. in præf. in fin. Lauterb. ad Pand. d. t. §. 31.* Porrò ſi hæres ſuus hæreditatem jure ſuitatis acquiſitam retinere ſe nolle, declaret, dicitur ab hæreditate *Abſtinere*, quamvis maneat in actu primo hæres *l. 88. in fin. ff. de hæred. inſtit.* non enim ſine hærede eſt, qui ſuum habet hæredem, licèt abſtinentem *l. 30. §. 10. ff. de fideicomm. hæred.* vid. etiam *l. 57. ff. de A. v. O. H.* Si verò extraneus eam non acceptet, *Repudiare:* facit huc *§. 2. & 6. h. t. l. 13. pr. l. 89. ff. de A. v. O. H.*

§. II.
De Jure deliberandi, & Beneficio Inventarii.

CUm adire hæreditatem (idem de immixtione) ſit res oppidò pericu- 5
loſa, quoniam non raro hæreditas, quæ lucri ſpeciem præfefert, ſubhaſtationem minitatur, conceſſum eſt hæredibus duplex beneficium, nimirum Deliberandi, vel conficiendi Inventarii. JUS DELIBERANDI eſt facultas hæredibus conceſſa, vi cujus intra certum tempus deliberare valent, num velint eſſe hæredes, vel non. *tot. tu. ff. & C. de jur. delib.* Dictum fuit: *hæredibus*, intellige tum *Extraneis*, tum etiam, poſt conceſſum beneficium abſtinendi, *Suis l. 7. & 8. ff. de jur. delib.* quamvis

enim in *§. 5. b.* dicatur: *Extraneis autem hæredibus deliberandi poteſtas eſt de adeunda hæreditate, vel non adeunda.* Per hoc tamen non excluduntur Sui. Et tantùm ideo textus ponit Extraneos, quia agit de aditione, aditio autem ſolummodò competit extraneis. *Hopp. b.* Dictum fuit, *intra certum tempus*, ſcilicet ante aditam hæreditatem, poſtquam enim vel extraneus adivit, vel ſuus ſe immiſcuit, relinquendæ hæreditatis facultatem (niſi ſit minor 25. annis, cui per reſtitutionem in integrum ſuccurritur) ampliùs non habet *d. §. 5. b.* Quouſque autem hoc jus deliberationis duret, ſecernendum eſt jus Digeſtorum à Jure Codicis. *Illô* tempus non erat determinatum, ſed remiſſum arbitrio Judicis, modò non minus centum diebûs daretur *l. 1. §. fin.* & *l. ſeq. ff. de jur. delib.* Hoc ex Conſtitutione Juſtiniani *in l. 19. C. eod.* cautum fuit, ut hæres, eſto non petierit (a), hôc beneficiô per annum (b) ita utatur, ut ſi intra hoc tempus neque hæreditatem adiverit, neque repudiaverit, & fortè ita deceſſerit, reliquum tempus deliberandi, quod anno deeſt, ad hæredes, quos habet, qualescunque tranſmittat; id, quod rurſus beneficiô inventarii excogitatô paulò immutatum videtur, dum *l. fin. §. 13. C. d. t.* indulgetur annus, ſi petatur à Principe, ſi à Judicibus inferioribus, novem menſes; hoc tamen intelligendum, ſi vel creditores, vel ſubſtituti, vel hæredes ab inteſtato, vel alii, quorum intereſt ſcire, num hæres velit eſſe talis, nec ne, urgeant. *arg. nov. 1. C. 1. §. 1.* aliàs enim jus adeundi hæreditatem (ſecùs de jure deliberandi cum effectu tranſmiſſionis, quòd annô extinguitur *d. l. 19. C. eod.*) perpetuum eſt *arg. l. 9. C. d. t. arg. l. 3. C. de præſc. 30. vel 40. ann.* & *l. 7. C. de pet. hæred.* Durante verò deliberationis tempore, licèt hæredi explorare vires patrimonii; pete-

(a) Obſtat è diametro *d. l. ult. §. 13.* ubi tantùm petentibus indulgetur. Vix autem credi poteſt, voluiſſe Juſtinianum, qui & *d. l. 19.* author eſt, eam conſtitutionem abrogare; ſiquidem per beneficium inventarii noluit Imperator conditionem hæredum deteriorem, ſed meliorem reddere eximendo eos ab omni damno; fieret autem deterior, cùm ceſſaret jus tranſmittendi. Si verò inhærere velis *l. 19.* dicere vix non cogeris, melioris eſſe conditionis, qui non petunt, quia indiſtinctè habent annum, quàm qui petunt, cùm tempus quandoque ſit brevius. Res, ut nobis videtur, non caret difficultate. Tu vide, num dici non poſſit, manere annum tranſmiſſionis indiſtinctè, quia de jure tranſmittendi *in d. l. fin. §. 13.* nihil habetur, conſequenter manebit hoc in paſſu diſpoſitio *l. 19.* in ſuo robore, quamvis de cætero debeat hæres ſe declarare, quo medio uti velit in ordine ad adeundam hæreditatem, ſalvo tamen per annum jure tranſmiſſionis.

(b) Ex quo hæreditatem ſibi delatam eſſe cognoverit; ignorantis enim ex capite juris deliberandi (ſecùs jure ſuitatis, vel ſanguinis *l. 3. C. de jur. delib. l. un. de his, qui ant. apert. l. un. §. C. de cad. toll.*) nullam eſſe tranſmiſſionem, ſat clarè deciſum eſt *in l. 8. & 19. C. de jur. delib. Voët. ff. de A. vel O. H.* Specialis conſtitutio, ac limitatio circa jus tranſmittendi extat de infante, qui hæreditatem non aditam ad ſuos aſcendentes, ſub quorum eſt poteſtate, tranſmittit. *in l. 18. pr. & §. 1. C. de jur. delib.*

Digitized by Google

tere inſuper, ut ſibi inſpiciendi rationes, ac inſtrumenta defuncti, ex quibus inſtrui poſſit, an expediat hæreditatem adire, copia fiat *l. 5. ff. de jur. delib. l. 28. ff. de A. vel O. H.* res ſervando non ſervabiles diſtrahere, onera diſſolvere *d. l. 5. §. 1.* impenſas neceſſarias facere *l. 6. l. 7. §. 3.* & ſi ſit filius interim alimenta ex hæreditate ſumere *l. 9. ff. de jur. delib. Vinn. ad d. §. 5. h. n. 2.* Quòd ſi annô elapsô hæres nec adiverit, nec repudiaverit, in utramque partem ſe onerat, tam ut adiiſſe, quàm ut repudiâſſe intelligatur: adiiſſe in favorem creditorum, ut his obligetur, & quidem in ſolidum, qui eſt effectus aditionis reſpectu illius, qui ſpretô beneficiô Inventarii jus deliberandi elegit *d. l. fin. §. pen. C. d. t.* Repudiâſſe in gratiam ſubſtitutorum legitimorum *arg. l. 69. ff. de A. v. O. H.* eſt igitur in libertate illius, ad cujus inſtantiam deliberandi tempus præfixum fuit, num velit annale ſilentium pro aditione, vel repudiatione acceptare *cit. Vinn. ubi ſupra.* Hinc hæres conſultiùs aget, ſi recurrat ad

Alterum beneficium, ſcilicet INVENTARII, cujus author eſt Ju- 6
ſtinianus in *l. fin. §. 1. C. de jur. delib.* & *d. §. 5. Inſtit. h.* Eſt enim inventarium Repertorium, ſeu deſcriptio omnium rerum, ſeu bonorum, ac jurium tum activorum, tum paſſivorum eo fine ab Imperatore indultum, ut hæres, qui ſibi hôc privilegiô legitimè proſpexit, ſecurus ſit ab omni damno emergente. Dictum fuit, *omnium rerum &c.* quòd ſi hæres ſtudiosè aliquid omiſiſſe probetur, ad duplum ejus, quod ſubtraxit, ſeu omiſit, condemnatur *d. l. fin. §. 10.* Dictum fuit, *legitimè proſpexit*, ut autem ſibi legitimè proſpexiſſe dicatur, debet obſervare tum debitum tempus, tum debitam formam: Quoad tempus debet illud intra 30. dies, ex quo ſcivit ſibi delatam fuiſſe hæreditatem, inchoare, & intra 60. dies, ſi præſens ſit, vel, ſi abſens, intra annum abſolvere *d. l. fin. §. 2.* & *3.* Quoad formam, ſeu modum opus eſt, ut adhibeatur Tabularius, ſeu Notarius, nec non ut convocentur, ac citentur illi, quorum intereſt, videlicet creditores, legatarii, & fideicommiſſarii *d. l. fin. §. 2.* ita, ut non citatis confectio inventarii, utpote illegalis, non noceat *Hub. h. num. 5.* ſi citati non compareant, adhibendi ſunt tres teſtes. *nov. 1. c. 2. §. 1.* Debet inſuper hæres Inventarium ſubſcribere, ac ſignificare, & *quantitatem rerum*, & *quòd nulla malignitate circa eas ab eo facta, vel facienda res apud eum remaneant;* vel ſi ignarus ſit literarum, aut ſcribere præpediatur, ſpecialis tabularius, qui illius locô ſubſcribat, convocandus eſt, ita tamen, ut hæres venerabile ſignum (crucis) præponat, ac teſtes interſint, qui cognoſcant hæredem, ſciántque hæredem rogâſſe Notarium, ut ſuo nomine ſubſcribat. Quæ omnia clarè præſcripta invenies in *d. l. fin. §. 2.* Dictum fuit, *ſecurus ſit ab omni damno.* Effectus itaque legitimè confecti (uti & omiſſi) Inventarii ſunt ſatis notabiles,

Digitized by Google

& quidem confecti I. quòd neque creditoribus hæreditariis (videlicet ipſius defuncti) neque teſtamentariis (id eſt legatariis, aut fideicommiſſariis) teneatur ultra vires hæreditarias, cùm alioquin hæredem ex perſona defuncti in ſolidum obligari conſtet *d. l. ult. §. 4. C. de jur. delib.* II. quòd ea, quæ eidem defunctus debuit, per confuſionem non amittat *d. l. §. 9.* III. quòd, ſi ſolvat poſterioribus creditoribus, qui ſe priùs inſinuârunt, à prioribus, quibus nondum eſt ſatisfactum, neque ampliùs vires patrimonii ſuppetunt, non poſſit moleſtari, ſed ipſi debeant agere contra legatarios, vel creditores poſteriores, ut iis ſoluta reſtituant. *vid. d. l. fin. §. 5. 6. 7. & 8.* IV. quòd poſſit à legatis deducere ſuam Falcidiam, quæ facultas tamen, ùt optimè advertit *Hub. ùt ſupra,* non eſt inventario adſcribenda, quia jam antehac deductio Falcidiæ competebat; adeóque in tantum erit effectus inventarii, quatenus, ſi ejus confectio intermiſſa ſit, Falcidia ceſſat. Hinc, ſi inventarium ſit omiſſum, amittit enarrata beneficia ita, ut creditoribus teneatur in ſolidum, veluti antea jure veteri cautum erat *d. l. fin. §. 1.* ſimúlque amittat creditum, ſeu actiones, quas habebat contra defunctum, uti jam priùs ſtatutum legitur in *l. 75. ff. de ſolut.* ac denique (& hoc eſt quid novi, olim enim non ita erat *arg. §. 1. de ſing. reb. per fideic. rel. l. 1. §. 17. ff. ad S. C. Treb.*) quòd non tantùm, uti dictum, Falcidiam amittat, ſed etiam legatariis ultrà vires hæreditarias, adeóque de ſuo in ſolidum teneatur. *d. nov. 1. c. 2. §. 2. authores paſſim.* (a) Non tamen audemus, quod faciunt multi alii,

(a) Durum hoc videtur Hubero *ff. de jur. delib. num. 8.* teneri nempe hæredem ultra vires hæreditarias etiam legatariis. Neglectum inventarium, inquit, tantùm facit, ut hæres onera hæreditaria teneatur in ſe ſuſcipere, prout cogebatur de jure antiquo *l. ult. §. 14.* ibi: *ſed in ſolidum SECUNDUM ANTIQUA JURA omnibus creditoribus teneatur. C. de jur. delib.* Jure vero antiquo ſolummodo tenebatur in ſolidum ipſis creditoribus hæreditariis, non verò teſtamentariis, ſeu legatariis, uti patet ex mox dictis. Si dicamus, eſſe hoc immutatum, & clarè deciſum *in nov. 1. c. 2. §. 2.* in verbis: *Si verò non fecerit inventarium, ſicut prædiximus, non retinebit Falcidiam, SED COMPLEBIT LEGATARIOS ET FIDEICOMMISSARIOS, LICET PURÆ SUBSTANTIÆ MORIENTIS TRANSCENDAT MENSURAM LEGATORUM DATIO.* Ad hæc verba ſatis prægnantia reponit Huberus, per puram ſubſtantiam nihil aliud intelligi debere, quàm ſubſtantiam defuncti, quæ deducto ære alieno, & quarta Falcidiæ remanet, cum itaque ob non confectum inventarium Falcidiam amittat hæres, dicitur hoc ipſo teneri ultra modum puræ ſubſtantiæ, quatenus Falcidiam, quæ ultra puram eſt ſubſtantiam *arg. d. nov. & c. §. 1. in fin.* Legatariis relinquere tenetur. Et hæc obſervatio tam certa videtur authori, quàm nova quibusdam accidet. At certa ſit hæc theſis Hubero, ſit etiam dura ſententia communis, authoris tamen fundamenta nos nondum ſatis movent, moti ea pore ratione, qua utitur JCtus *in l. 12. §. 1. ff. qui & à quib. manum.* ibi: *quod quidem perquam durum eſt, ſed lex ita ſcripta eſt.* Sed ubi eſt lex ita ſcripta? *in d. nov. 1. c. 2. §. 2.* LICET PURÆ SUBSTANTIÆ MORIENTIS TRANSCENDAT MENSURAM LE-

alii, hanc pœnam ad legitimam extendere, quæ per diſpoſitionem teſtatoris gravari non poteſt *l. 32. C. de inoff. teſtam.* ſed ære alieno deducto ante legata, quibus diminui (multò minùs tolli) nequit, omninò deducenda. Dices fortè eſſe gravamen à lege impoſitum. Verùm neque Lex poteſt ſine juſta cauſa, neque hic vult tollere legitimam. Equidem ſcopus legis fuit hæredem, qui ſuperſedit inventario, relinquere in vetuſtis hæredum oneribus *d. l. ult. §. 14.* non autem (niſi quoad Falcidiam) nova imponere. Jure autem veteri nullibi legitur hæredem amiſiſſe legitimam, ſed hoc tantùm ſtatuitur, ut creditoribus (hæreditariis) in ſolidum teneatur. (a) Neque bonum ducitur argumentum à Falcidia ad legitimam, cùm hæc ſit quodammodo æs alienum, neque poſſit, uti Falcidia, prohiberi. *vid. ſolide Hub. h. n. 6.* Quid de Trebellianica dicendum, dabimus infrà, ſit priùs

TI-

LEGATORUM DATIO. Neque obſervatio Huberiana hanc poſitionem enervat; cùm nondum ſatis oſtenderit, per *puram ſubſtantiam* morientis intelligi bona defuncti, quæ remanent deducto ære alieno & quartâ Falcidiæ. Profectò verba. *d. nov. c. 2. §. 1. in fin.* quibus innititur explicatio authoris, hoc non indicant. Sunt quippe imprimis obſcuriſſima & vix ſibi conſtant ſenſu: ita enim ſonant: *Certum eſt, quia non hæc contrarietas erit ſententiæ morientis; ſed ignorantia puritas illius.* Quid, amabo! obſcurius. Deinde, poſtquam Imperator inhibuit retentionem Falcidiæ ibi: NON RETINEBIT FALCIDIAM, pergit ulteriùs, jubétque, ut hæres compleat legatarios, & fideicommiſſarios, eſto legatorum datio tranſcendat ſubſtantiam morientis. Accedit, quod omittendo inventarium, quo ab omni periculo poterat liberari, ſe ſuſpectum maximè fecerit, tam reſpectu creditorum hæreditariorum, quàm teſtamentariorum. Et hoc fortè Imperatorem ad hanc novam deciſionem movit.

(a) Hæc, inſis, parùm cohærent cum mox dictis, ſimúlque notatis, ubi contendimus, hæredem teneri etiam legatariis. Inadvertenter fateor, iſta ratio irrepſit ex principiis Huberi; hac igitur inſuper habita, non deſunt aliæ. (1.) Nullibi legitur hæc pœna ſtatuta. Sufficit, inquis, quod legatariis teneatur in ſolidum. Ita eſt, ſed ſalvâ tamen legitimâ ex bonis teſtatoris, quatenus de iis hactenus conſtat, deducendâ. Utique (2.) in dubio melior debet eſſe conditio filii, cui æquitas, imo neceſſitas quædam naturalis favet, quàm legatariorum (de aliis quippe creditoribus quæſtio hæc non poteſt procedere, cùm legitima debeatur primum deducto ære alieno) quibus teſtator per ſe loquendo nihil debet. Hinc etiam fluit (3.) quod eſto hæres, ſi intra annum legata non ſolvat, hæreditatem amittat. *nov. 1. c. 1. & 4.* legitimam nihilominus retineat. Accedit (4.) quod legitima omne onus reſpuat, conſequenter & legata, & fideicommiſſa in præjudicium legitimæ relicta irritantur, quia hæc prius deducitur. His jam non obſtat (1.) quod ceſſet Falcidia; ergo & legitima, cùm utrinque pugnet præſumptio, quod hæres non conficiens inventarium bona defuncti ſtudioſè occultaverit, & ita oneribus hæreditariis ſe malitioſè ſubducere attentaverit. (2.) Ut deducatur legitima, debet conſtare de quantitate patrimonii, de hac autem ſine inventario conſtare nequit. (3.) Hæres non conficiens inven-

-

TITULUS XX.

De Legatis.

1 Videbitur prima fronte (non immeritò) Juſtinianus rectæ methodi filum abrupiſſe, dum hanc materiam de legatis tanquam modum acquirendi particularem, ac ſpeciem quamdam donationis impropriæ, titulo de Donationibus ſubnectere debuiſſet. Verùm nec hoc absque ratione factum, ſiquidem, quia legata plerumque in teſtamentis relinqui ſolent, conſultò priùs agendum erat de teſtamentis, poſteà verò de legatis quà acceſſoriis.

Eſt autem legatum (à *legare*, quaſi legem dicere hæredi. *Ulpianus & Fag. tit. 24. §. 1. arg. l. 2. pr. & l. 27. §. 5. ff. ad L. Falcid.*) *Donatio quædam à defuncto relicta ab hærede præſtanda.* ita definiente Triboniano *in §. 1. h.* Dicitur *Donatio*, quia legatum ex natura ſua eſt cauſa lucrativa, per quod diſtinguitur ab hæreditate, quæ ſimul oneroſa eſt *l. 21. ff. mand. l. 116. ff. de V. S.* Dicitur *quædam*, id eſt impropria, quia ad legati valorem (benè tamen ad ejus effectum, ſeu complementum) non requiritur, ſicut exigitur in donatione propriè tali, acceptatio. Dicitur *à defuncto relicta*, & quidem directè, quatenus dominium, ſeu jus rei legatæ immediatè, & rectâ viâ à defuncto ad legatarium, non hæredem, tranſit *l. 64. ff. de furt.* per quod differt à fideicommiſſo, ubi jus à defuncto ad hæredem fiduciarium, & ab hoc primùm, adeóque per indirectum, ad fideicommiſſarium transfertur. Dicitur *ab hærede præſtanda.* Videlicet quoad poſſeſſionem: Quòd ſi res legata præſtetur ab ipſo teſtatore, uti habetur caſus in *l. 22. ff. de leg. 2.* vel hoc erit per accidens, & præter exigentiam legati, vel transibit in donationem mortis causâ. Neque exiſtimes, definitionem eſſe mancam, adeóque debere apponi: *in teſtamento relicta*, ùt vult Modeſtinus *in l. 36. ff. d. t.* ibi: *Legatum eſt donatio in teſtamento relicta.* Nam hoc tantùm verum eſt de jure veteri, ubi legata ſolùm in teſtamento relicta ſubſiſtebant *§. 10. Inſt.*

tarium jus crediti amittit *l. fin. §. 9. & 12. de jur. delib.* ergo & legitimam, quæ etiam ad credita ſpectat. *Ad primum*, ſiquidem reponimus præſumptionem illam (quæ aliunde quoad filios non videtur tam vehemens, ſicut in extraneis) non operari ultra caſus expreſſos, cùm maximè ſit odioſa & ſpeciem cujusdam fictionis (quæ ultra caſus legis non operatur) continens. *Ad ſecundum* non implicat, conſtare poſſe ex aliis circumſtantiis de quantitate patrimonii. Quomodo enim ante repertum inventarii beneficium conſtare poterat? *Ad tertium*: amittit jus crediti, quod originem ex facto ipſius creditoris trahit; non item, quod habet ex diſpoſitione legis tum poſitivæ, tum naturalis, adeóque independenter à facto proprio ſapiénsque ſpeciem alimentorum.

Digitized by Google

Inſt. de fideicom. hæredit. ibi: *cùm alioqui legata, niſi in teſtamento non valeant.* Poſtquam autem legata cum fideicommiſſis fuerunt in *l. 2. C. com. de leg.* exæquata, etiam legata ad exemplum fideicommiſſorum ab inteſtato relinqui poſſe cæperunt.

Quatuor erant olim legatorum genera, ſcilicet per *Vindicationem*, per *Damnationem*, per *Sinendi modum*, & per *Præceptionem*, quibus pariter erant tum diverſa legandi formula, aut modus, tum diverſæ res legabiles, tum diverſæ ad petendum legatum actiones appropriatæ (a); Imperator verò noſter unam omnium legatorum ſtatuit naturam, ùt videre eſt in *l. 1. C. com. de leg. §. 2. h. t. Vinn. ibid. num. 1.* 2

Cauſa efficiens alia eſt Principalis, alia Inſtrumentalis. *Principalis* eſt legans; legare verò poteſt, qui teſtamentum facere *arg. l. 2. & 114. pr. ff. de leg. 1.* *Inſtrumentalis* eſt ille, à quo legatur, id eſt, qui legato oneratus eſt, poteſt autem legato onerari, qui vel directè, ùt hæres teſtamentarius, vel indirectè, ut hæres ab inteſtato honoratus eſt. *arg. l. 1. §. 6. ff. de leg. 3. l. 9. §. 1. de jur. codicill.* 3

Subjectum eſt legatarius, ſeu ille, cui legatur: Legari poteſt omnibus, cum quibus eſt teſtamenti factio paſſiva, id eſt, qui poſſunt eſſe hæredes *§. 24. h.* Excipe alimenta, quæ utpote ad vitam neceſſaria, etiam incapaci legari poſſunt *l. 11. ff. de alim. leg.* Excipe ulteriùs ipſum hæredem, cui, ſi ſolus ſit, ut non habeat cohæredem, legari non poteſt, quia ex eadem aditione fieret ſibi debitor, & creditor *l. 116. §. 1. ff. de leg. 1. vid. l. 34. §. 11. ff. d. t.* In ſpecie verò non tantùm perſonis *Certis*, ſed etiam jure noviori *Incertis*, dummodò ex eventu futuro poſſint certificari, legari poteſt *§. 25. & 27.* (hujus conſtitutio, ad quam ſe refert, in noſtro codice deſideratur) *h. t.* ſecùs olim, quia Authore Ul- 4

(a) Per vindicationem, v. g. DO, LEGO, SUMITO, VINDICA, HABETO. Ita legabantur res propriæ, dabatúrque legatario rei vindicatio. Per damnationem (ita legari poterant res omnes) HÆRES MEUS DAMNAS ESTO DARE: DATO &c. competebat actio perſonalis ex teſtamento. Per Sinendi modum (ita legabantur res propriæ, vel hæredis) HÆRES MEUS SINAT CAJO SUMERE DOMUM MEAM, SIBIQUE HABERE, & rurſus competebat actio perſonalis. Per Præceptionem (hoc modo legabantur, uti per vindicationem, res propriæ) TITIUS ILLAM REM PRÆCIPITO, SUMITO, dicebatúrque prælegatum, & dabatur actio familiæ erciſcundæ. In legato per vindicationem obtinebat inter conjunctos jus accreſcendi; non item per damnationem. Ulpianus *in Frag. tit. 24. §. 12. & 13.* Cæterum, eſto hi modi legandi ſint ſublati, neque ex eorum diverſitate ampliùs oriatur diverſa actio; poteſt nihilominus ex natura ipſius rei legatæ modò hæc, modò illa actio competere, ut rem conſideranti patebit. Quandoque legabatur pars hæreditaria v. g. triens, & vocabatur legatarius partiarius, dividebantur actiones inter ipſum & hæredem mediante ſtipulatione. Idem Ulpianus ibid. *§. 25.* jung. *§. 5. de fideicom. hæredit.*

piano *in frag. tit. 22. §. 3. & 24.* judicium teſtatoris debebat eſſe certum. Exinde emanavit, quòd nec Collegia, nec Municipia, nec Civitates hæredes inſtitui, aut legatum capere potuerint. *Ulpianus d. t. 22. §. 4.* Item etiam *poſthumo* alieno, qui ſcilicet natus inter hæredes ſuos futurus non eſt, v. g. nepos ex filio emancipato conceptus *§. 26. h.* quod rurſus olim non erat permiſſum. Verùm hic moleſtiam faceſſit Juſtinianus *in §. 28. h.* dum ait: *Poſthumus autem alienus hæres inſtitui, & antè poterat, & nunc poteſt.* Quod utique falſum eſt, dum poſthumus alienus tam parùm poterat inſtitui, quàm parùm legatum capere; erat quippe perſona incerta. *Vinn. ad d. §. 26. num. 1.* At textus benè ſe habet, ſi benè illum, videlicet, quòd olim poſthumus potuerit hæres inſtitui de jure prætorio, *princ. Inſt. de bonor. poſſ.* hodie verò etiam jure civili, intelligas.

5 Cæterùm legari poteſt uni vel pluribus: & pluribus vel disjunctim, vel conjunctim: *Disjunctim* legatur, quando pluribus res diverſæ, vel etiam eædem, ſed quoad partes ſingulis determinatas v. g. *Titio lego fundum Tuſculanum quoad partem Orientem verſus, Cajo lego eundem fundum Tuſculanum quoad aliam partem Occidentem verſus*, quo caſu, ſi unus ex legatariis deficiat, pars illius accreſcit non collegatorio, ſed hæredi. *l. 1. in fin. pr. ff. de uſufruct. acc. l. 84. §. pen. ff. de leg. 1.* *Conjunctim* legatur, quando pluribus eadem res pro indiviſo, vel nullis aſſignatis certis partibus relinquitur. Quod fieri poteſt triplici modô. RE & VERBIS *ſimul*, RE *tantùm*, & VERBIS *tantùm*. RE & VERBIS ſimul dicuntur conjuncti, qui eadem oratione ad eandem rem pro indiviſo vocati ſunt v. g. *Titio & Cajo lego fundum Tuſculanum.* RE *tantùm* ſunt conjuncti, quibus res diverſis orationibûs pro indiviſo legata eſt. e. g. *Titio lego fundum Tuſculanum, Cajo lego eundem fundum Tuſculanum.* VERBIS *tantùm*, quibus unica oratione eadem res æquis partibûs deſtinata eſt v. g. *Titio & Cajo lego fundum Tuſculanum æquis partibûs.* De his jam videndum, quomodo & quinam gaudeant jure accreſcendi (quod in actibus inter vivos non habet locum *l. 110. pr. ff. de V. O. Hopp. ad §. ult. de don. Hub. h. n. 27. verſ. Porrò*) id eſt, ſi unus deficiat, num illius portio hæredi obveniat, num verò collegatorio accreſcat. Et imprimis indubitatum eſt, tam *Re*, & *Verbis* ſimul, quam *Re* tantùm conjunctos gaudere jure accreſcendi per textum apertum in *§. 8. h. t.* ibi: *Si eadem res duobus legata ſit ſive CONJUNCTIM* (intellige re, & verbis) ſive *DISJUNCTIM* (per quos intelligit verbis disjunctos, ſed re tamen conjunctos, uti ex ſequenti exemplo, quod adducitur, apparet) *ſi ambo perveniant ad legatum, ſcinditur inter eos legatum, ſi alter deficiat, quia aut ſprevit legatum, aut vivo teſtatore deceſſerit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad col-*

le-

legatarium ſpectat. CONJUNCTIM *autem legatur, veluti, ſi quis dicat, Titio & Sejo hominem Stichum do, lego:* DISJUNCTIM: *Titio hominem Stichum do, lego, Sejo hominem Stichum do, lego.*

Dubium igitur ſupereſt, utrùm verbis tantùm conjuncti gaudeant jure accreſcendi. Fundamenta negantium, quos allegat *Clariſſ. DD. Frans p. m. h. n. 11.* ſunt potiſſimùm I. quia verbis tantùm conjunctis ſunt datæ partes, ita ut *ſemper* partes habeant, veluti ait Paulus in *l. 89. ff. de leg. 3.* qui autem ſemper partes habent, non gaudent jure accreſcendi *l. 1. pr. ff. de uſufr. accreſ.* ut enim obtineat jus accreſcendi, debent legatarii ab initio habere ſolidum *l. 3. pr. ff. d. t.* II. quia illi, *quibus ab heredibus ſingulis ejuſdem rei fructus legatur, fructuarii ſeparati videntur, non minùs, quàm ſi æquis portionibus* (en verbis tantùm conjunctos) *duobus ejuſdem rei fructus legatus fuiſſet, unde fit, ut inter eos jus accreſcendi NON fit.* Eſt reſponſum Papiniani in *l. pen. ff. eod.* III. quia Re disjuncti non gaudent jure accreſcendi, atqui verbis *tantùm* conjuncti, hoc ipſo, quòd verbis *tantùm* conjuncti ſint, ſunt Re disjuncti. Inde etiam eſt, quòd in *d. §. 8. h.* nulla de his fiat mentio.

Verùm his non obſtantibus verior, & tum textibus, tum rationibus, tum etiam intentioni præſumptæ teſtatoris conformior eſt opinio, quæ verbis conjunctis accommodat jus accreſcendi: Prius membrum dilucidat textus irrefragabilis in *l. 89. ff. de leg. 3.* ubi ſi concurrant *verbis* tantùm conjuncti cum Re tantùm conjunctis præferuntur verbis conjuncti, ibi: *ſi verò verbis quidem conjunctus ſit, Re autem non, quæſtionis eſt, an conjunctus potior* (intellige Re tantùm conjuncti) *ſit? & magis eſt, ut & ipſe PRÆFERATUR*: qua autem ratione poſſet præferri, ſi non gauderet jure accreſcendi, ſi *ſemper*, ùt volunt, haberet partes? Neque dicas cum *Cocc. Diſput. 71. theſ. 10.* verbis conjunctos gaudere jure accreſcendi, ſi cum iis alii concurrant, qui eſt caſus *l. 41. pr. ff. de leg. 2.* non item, ſi ſoli ſint: nam vix poterit dari ſolida ratio diſparitatis: Deinde ideo, ſi concurrant cum aliis, gaudent jure accreſcendi, quia ſunt conjuncti: ergo etiam, ſi ſoli ſint, quia ſunt conjuncti. Accedit, quòd argumentum *Cocc.* probaret, quòd etiam re & verbis disjuncti, ſi cum aliis concurrant, gaudeant jure accreſcendi, quòd an dici poſſit, aliis cogitandum relinquimus: interea nobis nondum probatum eſt, Mævium & Sejum in caſu *d. l. 41.* eſſe re & verbis disjunctos, ùt vult *Cocc.* ſed omnes potiùs videntur Re conjuncti. Textus ita ſonat: *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego.* Quis non videt in hac hypotheſi omnes ſimul eſſe inter ſe Re conjunctos, cùm ſint vocati ad eandem rem, ac Mævium & Sejum à Titio eſſe

verbis ſeparatos, *Re* tamen conjunctos? Hinc dicit JC. neceſſarium eſſe, ut, ſi Sejus deficiat, pars ejus utrique, nimirum Mævio & Titio, quibus fundus ſeparatim legatus eſt, accreſcat. Facit etiam, quòd ſi verbis tantùm conjuncti ideo gauderent jure accreſcendi, quia cum aliis concurrunt; hoc ſolummodò ſequeretur, quòd ſimul cum re conjunctis venirent; ùt vult caſus *d.l.41.* non autem, quòd deberent *Re* conjunctos planè excludere, iiſque eſſe potiores. Alterum aſſertionis noſtræ membrum exinde evincitur, quòd cauſa operativa juris accreſcendi ſit conjunctio teſtatoris *l. 1. pr. ff. de uſufr. accreſc.* ſed etiam in verbis conjunctis habetur conjunctio teſtatoris, uti patet tum ex *d.l.89. ff. de leg.3.* tum ex *l. 142. ff. de V. S.* ubi etiam verbis tantùm conjuncti dicuntur conjuncti, imò Re conjunctis potiores eſſe. Accedit, quòd ſi teſtator ſimpliciter dixiſſet: *Titio & Cajo do, lego fundum Tuſculanum*, non adjectis particulis: *æquis partibus*, haud dubiè gauderent jure accreſcendi, ergo etiam ſi adjecerit, quia tacitè contenta, ſi exprimantur, non nocent, ùt probè advertitur in *theſ. Jur. h.n. 113.* Tertium membrum non minùs conſtat, quia intentio teſtatoris ex verbis eſt deſumenda: verba autem fuerunt conjunctiva: & partes tantùm majoris claritatis cauſa, atque pro caſu, quo uterque legatariorum concurrit, expreſſa. Neque dicas, non fuiſſe mentem teſtatoris conjungere, ſed tantùm celeriùs dicere *arg. l. 66. ff. de hæred. inſt.* Nam *d. l.* concepta eſt de hæredibus, qui ipſo jure conjuncti ſunt; conſequenter huc non quadrat. Et hanc ſententiam præter *laud. DD. Franz* ubi ſuprà defendit *Vinn. ad §. 8. h. num. 18. cum aliis ab his citt.*

Neque difficile accidet reſpondere ad fundamenta contraria. Siquidem ad *primum*; tantùm verificatur de caſu, quô ſunt datæ partes abſolutè: verbis autem conjunctis tantùm ſunt datæ pro caſu concurſûs, ſcilicet ſi uterque ad legatum perveniat, ſecùs enim habent ſolidum, ſicut, ſi de partibus æqualibus nihil eſſet memoratum: neque aliud vult *d. l. 89.* ubi ſemper partes habere dicuntur, nam ſi hoc nimis urgeatur, eveniet, ut nunquam poſſint eſſe potiores *Re* conjunctis, quod eſt contra textum. *Secundum* ſupponit partes fuiſſe legatas à diverſis hæredibus, quæ, cùm quoad illos diviſæ ſint, manent etiam diviſæ *quoad legatarios*: Senſus igitur eſt, quòd, quando uſusfructus ab *hæredibus* ſingulis legatus eſt, legatarii non habeant jus accreſcendi, ſive in ſolidum, ſive æquis portionibûs ſit legatus, hoc ipſo, quòd partes in hæredibus oneratis ſint diviſæ. Deinde ubi conſtat, quòd collegatarii, de quibus textus, verbis fuerint conjuncti, cùm potiùs generaliter videatur conceptus? *Tertium* rurſus laborat falsô ſuppoſitô; verbis enim tantùm conjuncti, ſpectata mente teſtatoris, & caſu, quo alteruter deficiat, ſunt

etiam

etiam Re conjuncti, adeòque verbis *tantùm* dicuntur conjuncti, cortice verborum ſpectatô. Reliqui textus, qui opponi ſolent, quales ſunt *l. 16. l. 34. §. 9. ff. de leg. 1. l. 20. ff. de leg. 2. l. 38. §. 2. ff. de leg. 3. l. 74 ff. de C. & D.* premunt ipſos Adverſarios, quia generaliter de *conjunctis* concepti ſunt, adeóque gratis de verbaliter conjunctis intelliguntur. Hinc etiam non opus fuit, ut in *§. 8. h.* de his fiat ſpecialis mentio, cùm à parte rei, ſint verbis & re conjuncti, alterutro deficiente. (a) Eſt nihilominus notabile diſcrimen inter Re conjunctos, & mixtim (id eſt Re & Verbis) ſeu Verbis tantùm conjunctos, quòd ſcilicet illis accreſcat pars deficiens ſine onere collegatario fortè impoſito, non item iſtis *l. un. §. 11. C. de cad. toll.* Ratio diverſitatis eſt, quia illi ab initio jam, & magis expreſsè ſolidum habent, ita, ut videantur illud capere quaſi independenter à legatario deficiente, quod de aliis dici non poteſt, cùm non ſeorſim, ſed ſimul ad ſolidum rei legatæ fuerint vocati, conſequenter habeantur quaſi pro una perſona *Hopp. ad d. §. 8. h.* Eſt & aliud notabile diſcrimen, uti ex dictis patet, quòd Mixtim, & Verbis tantùm conjuncti excludant Re tantùm conjunctos, ſi invicem concurrant, non item re tantùm conjuncti illos repellunt, ſed ſimul concurrunt, ita tamen, ut duo mixtim vel verbis conjuncti non plus accipiant de parte deficiente, quàm unus ille Re conjunctus *l. 34. ff. de leg. 1. l. un. §. 10. C. de cad. toll. Hub. hic num. 27.*

Objectum ſunt res, quæ poſſunt legari, ubi videndum, an exiſtant vel non? Si non exiſtant, neque ſpes affulgeat, quòd ſint extituræ, le- 6

(a) Aliis argumentis ſententiam negativam roborare conatur *laud. Cocc. loc. cit. th. 6.* verbalem, inquit, conjunctionem non operari jus accreſcendi; evidenter hoc exemplo oſtenditur; teſtator ita legavit: PRIMO ET SECUNDO SINGULOS SERVOS DO, LEGO: hic adeſt unica oratio, adeóque conjunctio verbalis, nec tamen competit legatariis jus accreſcendi. *l. 84. § pen. ff. de leg. 1.* Deinde, pergit, adeſt apertiſſimus textus *in l. 66. ff. de hær. inſt.* ubi hæc diſpoſitio habetur. Teſtator dixerat: TITIUS HÆRES ESTO, CAJUS ET MÆVIUS ÆQUIS PARTIBUS HÆREDES SUNTO. in hac ſpecie facti Cajus & Mævius non magis conjuncti ſunt inter ſe, quàm cum Titio. Rationem dat JC. quia, quamvis ET ſyllaba conjunctionem faciat, non tam conjunxiſſe, quàm celeriùs dixiſſe videtur. Quibus accedit, quòd tunc adſit conjunctio, quando tota res pluribus legata eſt, ita ut partes primùm concurſu fiant. *l. 80 ff. de legat. 3.* Sed neque iſta movent. Siquidem (*Ad primum*) in caſu legis non una res, ſed plura individua, nimirum plures ſervi legati ſunt; hinc ceſſat hypotheſis. Textus (*Ad ſecundum*) *in l. 66.* ſimiliter vagatur extra oleas, cùm loquatur de hæredibus, quorum unus alterum in parte deficiente non tam facilè (adeóque niſi apertè conſtet de voluntate contraria teſtatoris) excludit, quia cohæredes invicem ſunt ipſo jure ſeu lege jam conjuncti; quapropter particula ET, eſto de ſe ſit conjunctiva, pro caſu iſto particulari hujus legis nihil operatur, niſi apertiùs conſtet. Minùs (*Ad tertium*) obſtat *l. 80. de leg. 3.* Negatur equidem ſuppoſitum, verbis conjunctos non eſſe, ſi ſpectetur mens teſtatoris, vocatos ad totam rem.

gatum eſt nullum *arg. l. 7. §. un. ff. de trit. vin. oleo leg.* Si ſperantur exiſtere, ùt fructus naſcituri, legatum valet *§. 7. h. t.* ita, ut quoad *transmiſſionem* ſit purum, hoc eſt, ſi legatarius moriatur, antequam fructus naſcantur, ſpes transmittitur ad hæredes *l. 99. ff. de C. & D.* quia conditio non ex voluntate teſtatoris, ſed ex natura rei extrinſecùs advenit *l. 25. §. un. quand. dies leg. ced.* quod non procedit in legato conditionato, ubi, ſi legatarius pendente conditione decedat, nihil ad hæredes transmittitur *l. 4. & 5. d. t.* Quoad *præſtationem* verò conditionatam, ita, ut ſi nihil naſcatur, nihil debeatur *l. 5. ff. de trit. leg. l. 8. §. 2. ff. de leg. 2.* ineſt enim huic legato tacita conditio, *ſi aliquid naſcatur l. 1. §. ult. ff. de C. & D.* Quod regulariter procedit, eſto ſit expreſſa certa quantitas, v. g. *Ex fundo Tuſculano lego centum modios:* tantùm enim & hic debetur, quantum natum eſt, quaſi teſtator per modum *Taxationis* legaverit, *citt. ll. Vinn. ad §. 7. h. num. 2.* Limita, ſi ex circumſtantiis appareat, legantem voluiſſe abſolutè illam quantitatem legare, adeóque fundum tantùm *Demonſtrationis* gratiâ adjeciſſe, v. g. ſcripſit ita: *decem modios Titio do, lego, quæ præſtabit, vel præſtari poterunt ex fundo Tuſculano:* quo caſu, ſi in hoc fundo non tot naſcantur, debent ſuppleri ex alio, quia legans primariò quantitatem, fundum verò tantùm demonſtrationis gratiâ reſpexiſſe videtur. Ita colligitur ex *l. 27. §. fin. ff. de leg. 2. Hopp. ad d. §. 7. h.* Quòd ſi res legata exiſtat, vel eſt obnoxia commercio humano, vel non? Si hoc, & quidem abſolutè v. g. ſi legaretur campus Martius, Res ſacra, legatum eſt nullum, ita, ut nec debeatur æſtimatio *§. 4. h. l. 39. §. pen. & ult. ff. de leg. 1.* idem dicendum de rebus ædibus junctis, puta tegulis, columnis *l. 41. §. 1. & 2. l. 42. & 43. ff. de leg. 1.* Dictum fuit notanter *Abſolutè*, ſi enim tantùm reſpectivè, ſeu ſecundùm quid ſit exempta commercio humano, ſufficit, quòd ſit obnoxia commercio legatarii; nec obſtat, ſi exempta ſit commercio vel teſtatoris, vel hæredis *l. 49. §. 3. ff. de leg. 2. l. 34. ff. de V. O.* Si verò ſit extra commercium legatarii tantùm, rurſus legatum eſt inutile. *d. l. 49. §. 2.* niſi fortè ſolummodò jus poſſidendi in legatario deficeret, ùt ſi eſſet extraneo legata res immobilis, Princeps vero prohibuiſſet extraneis ejusmodi res relinquere (a): tunc ſaltem deberetur æſtimatio *l. 40. ff. de leg. 1.* latet tamen in hoc textu difficultas, de qua *vid. Vinn. ad §. 4. h. n. 6. circa med.* (b)

Si

(a) Vel tantùm per accidens legatarius hic & nunc eſſet rei legatæ incapax, ùt ſi ſurdo, muto, aut cæco foret militia legata, quò ſpectat textus *in l. 114. §. 5. ff. de legat. 1.* Si enim planè eſſet incapax, legatum eſſet nullum. *arg. l. 11. §. 16. ff. de leg. 3.*

(b) Textus ita habet: *Sed ſi res aliena, cujus commercium legatarius non habet, ei, cui jus poſſidendi non eſt, per fideicommiſſum relinquatur* (nimirùm à legatario) *puto æſti-*

Si illud, hoc eſt, ſi eſt obnoxia commercio humano ruſus videndum, an ſit legatum genus vel ſpecies. Si genus (intellige infimum, quod Philoſophis eſt ſpecies v. g. bos, equus, vinum; nam genus ſupremum vel ſubalternum nimis eſt incertum) & teſtator in bonis habuit, valet legatum, ita, ut (niſi aliter teſtator ſenſerit) electio ſit legatarii *§. 22. b.* qui tamen (ſi caſum optionis legatæ, de qua vid. *§. 23. b.* excipias) non optimum, ſed medium poteſt eligere *l. 37. pr. ff. de leg. 1.* Nec intereſt, caſu quo teſtator genus legatum in bonis habet, num habeat determinationem, ùt equus, bos, domus, vel non, ùt vinum, frumentum, ſemper enim legatum valet. *vid. l. 7. pr. ff. de trit. vin. & ol. leg. l. 71. pr. ff. de leg. 1.* quem textum etiam ad unum ex pluribus fundis, quos teſtator habuit, extendere admodum erit civile, ùt vult. *Vinn. ad d. §. 22. num. 6. & 7.* ita tamen, ut in his caſibus, ubi res determinationem non habet à natura, ſed ab arte, ùt domus, navis (idem de fundo) electio non ſit legatarii, ſed hæredis, ſi teſtator plures ejusmodi res habuerit *arg. d. l. 71.* (a) *Vinn. ibid.* Si autem legans non habuerit ſpecies ſub genere legato contentas refert ulteriùs, num res legata habeat determinationem à natura (ſeu num habeat partes heterogeneas) ùt equus, bos, vel non: ſeu num conſtet partibus homogeneis, ùt vinum, oleum (quò etiam ſpectat fundus *l. 60. ff. de V. S.*) ſi prius, legatum valet, ſed electio eſt penès hæredem, qui tenetur comparare rem generis legati mediocrem: *vid. l. 37. §. 1. ff. de leg. 1.* cui tamen è diametro obſtare videtur *l. 108. §. 2. ff. eod.* quæ electionem legatario tribuit: Suppone, ſi teſtator ejusmodi res in bonis habuit, quod innuit ratio ipſius textûs: ubi tum demum electio indulgetur legatario, quando eſt in illius libertate, qua actione, nimirum an perſonali ex teſtamento, an ve-

æſtimationem deberi. Cujac. (cui aſſentitur Vinn *h. ad §. 4. num. 6.*) exiſtimat omittendam eſſe ſecundam negationem, & ita legendum: *cui jus poſſidendi eſt*, quia perſona legatarii fideicommiſſ gravati quaſi ſubducitur, habetúrque, ac ſi fideicommiſſum directè à defuncto ad fideicommiſſarium transiret. *arg. d. l. 49. §. pen. ff. de legat. 2.* Nil enim intereſt, num legatarius in hac ſpecie commercium habeat, nec ne. Præplacet diſtinctio, utrùm de legato ſit ſermo, an de fideicommiſſo. Si prius ? legatum non ſubſiſtit, benè verò, ſi poſterius; cùm in his benignior obtineat interpretatio, textúsque hactenus allegati huic diverſitati ſummoperè faveant.

(a) At, inquis, hæc *l. 71.* eſt immediatè huic reſponſioni contraria; quippe ita ſonat: *ſi domus alicui ſimpliciter ſit legata, neque adjectum, quæ domus: COGENTUR HÆREDES, QUAM VELLET, DOMUM*, ex his, quas teſtator habebat, legatario tradere. Ita habet Florentina. Haloander legit: *Cogantur hæredes, quam domum volent.* Alia exemplaria habent: *Cogetur hæres, quam domum volet.* Ex quibus ſatis paret, textum eſſe corruptum. Quòd autem in propoſita ſpecie æquius ſit electionem indulgere hæredi, exinde eruitur, quia aliàs nimium, & quaſi in infinitum contra veroſimilem teſtatoris voluntatem (vid. *l. 67. §. 8. ff. de leg. 2.*) hæres gravaretur.

verò rei vindicatione uti velit: hæc electio autem ceſſat, ſi teſtator rem legatam in bonis non habeat, cùm tantùm competat actio perſonalis. Meliùs tamen circa electionem te expedies diſtinguendo inter legatum *Damnationis* & *Vindicationis:* in illo concede electionem hæredi *d. l. 37. §. 1. ff. de leg. 1. & l. 43. §. fin. ff. de leg. 2.* In hoc legatario *l. 20. & d. l. 108. §. 2. ff. de leg. 1.* latiùs *Vinn. ad §. 22. num. 4. & ſeqq. h. t.* (a) Si poſterius, hoc eſt, ſi res legata nullam habeat determinationem, legatum deriſorium eſt, & inutile *d. l. 71. ff. de leg. 1. arg. l. 69. §. 4. ff. de jur. dot. & l. 115. pr. ff. de V. O.*

8 Si autem ſpecies certa legata ſit, haud dubiè ſubſiſtit legatum, ſive ſit legantis propria ſive hæredis, ſive etiam aliena *§. 4. h.* Verùm, uti in primô caſu valet legatum, quamvis teſtator crediderit rem propriam alienam eſſe *§. 11. h.* quia hic plus eſt in veritate, quàm in opinione, ita econtrà in caſu ultimo legatum non aliter ſuſtinetur, quàm ſi legans (cujus probatio legatario incumbit) ſciverit, ſe rem alienam legare *d. §. 4. h.* vel legatarius ſit perſona conjuncta *l. 10. C. de leg.* Videbitur cuipiam iniquum eſſe, aliquem poſſe diſponere de re non ſua! Verùm nullatenus diſponit teſtator de re non ſua, ſed tantùm imponit hæredi, ut illam à domino, ſi vult diſtrahere, comparet, vel ſi non, æſtimationem præſtet *d. §. 4.* ibi: ***Non ſolùm autem teſtatoris, vel hæredis res, ſed etiam aliena legari poteſt, ita, ut hæres cogatur redimere eam, & præſtare: vel ſi eam non poteſt redimere, æſtimationem ejus dare.*** Hinc non poteſt Gregorius IX. Pontifex Max. de noſtris legibus non fuiſſe malè informatus, dum illas in *c. 5. de teſtam.* alicujus injuſtitiæ non obſcurè arguit, cùm tamen nec umbra iniquitatis appareat: credidit igitur Summus hic Legislator (ita ſiniſtrè allegante Epiſcopo) Leges civiles ſtatuere, ut res aliena legatario præcisè, adeóque etiam invito domino, præſtanda, vel ſaltem legatario poſſidenti relinquenda ſit: & in hoc ſenſu haud dubiè benè reprobavit, ſed malè de ſenſu noſtrarum Legum informatus. Quid, ſi res propria legatarii eidem legetur? Si pleno jure eidem ſit propria, & purè legetur, legatum non valet, quia quod illius eſt, ejus ampliùs fieri non poteſt. Nec reconvaleſcit, quamvis poſtea legatarius illam alienaverit *§. 10. h. l. 41. §. 2. ff. de leg. 1.* quia quod ab initio vitioſum eſt, tractu temporis convaleſcere non poteſt *l. 1. pr. ff. de Reg. Catoniana.* Niſi fortè

(a) Huc etiam collimat diſtinctio, quam præoccupavimus *ad tit. de uſucap. num. 28. in f.* Et videndum, num verba teſtatoris ſint directa ad hæredem, num ad legatarium? ſi prius? Illius erit electio *d. l. 37. §. 1. l. 39. §. 6. ff. de leg. 1. d. l. 43. §. fin. ff. de leg. 2.* ſi poſterius? Iſte habebit electionem *arg. l. 20. & 108. §. 2. ff. de leg. 1.* Et ita poterit etiam intelligi *l. 32. §. 1. ff. d. t. alias d. l. 39. §. 6. eod.* è diametro contraria accedit, quòd *l. 32* loquatur de legato à natura determinato: Econtra *l. 39.* de re determinationem à natura non habente.

te ſub hac conditione: *Si illam vivo teſtatore legatarius alienaverit*, legata ſit. Ita capies *d. l. 1. §. 2. Hub. b. num. 8.* (per errorem m. 4.) Si enim res legatarii propria eidem legata ſit ſub conditione, & tempore conditionis jam erat aliena, legatum ſubſiſtit; Siquidem Regula Catoniana, quæ vult, ut ſi teſtator eô momentô, quô legat, moreretur, legatum poſſit ſubſiſtere, tantum procedit in legatis purè relictis *d. l. 1. §. 1.* (a) Quid, ſi res legata, antequam ab hærede præſtita fuerit, fiat legatarii propria? Si hoc contingat ex cauſa oneroſa, puta emptionis venditionis, debetur eidem æſtimatio, eſto, rem ipſam habeat ex ejusmodi cauſa: Si vero ex cauſa lucrativa, puta donatione, vel alio teſtamento, intereſt, num ex illa cauſa jam rem habeat, vel ita felix fuerit, ut tantùm æſtimationem conſecutus ſit? Si prius, non poteſt ampliùs æſtimationem petere, quia (in cauſa lucrativa) æſtimatio ineſt rei, nec poſſunt duæ cauſæ lucrativæ reſpectu ejusdem rei cadere in eundem hominem: ſi poſterius, poteſt adbuc ex legato rem ipſam petere, quia res non ineſt æſtimationi, ſicut æſtimatio rei, vid. *§. 6. h. Hub. ibid. num. 6.*

Poſſunt præterea legari etiam res incorporales, videlicet ſervitutes tum reales, tum perſonales, quod probant dicta de ſervitutibus & integri *titt. de ſervit. leg. de uſu, & uſufr. leg.* Item nomina tam activa, quàm paſſiva, & quidem nomen activum tam debitori, quàm tertio, ſi debitori nuncupatur legatum *Liberationis:* ſi tertio, legatum *Nominis l. 44. §. 6. de leg. 1. tot. tit. ff de lib. leg.* de priori exſtant textus *in §. 13. b. t. & in l. 3. pr. §. 1. & ſeqq ff. de lib. leg.* ejúsque effectus eſt, quòd debitor (non quidem ipſo jure, ſed ope exceptionis) liberetur. *vid. d. l. 3. §. 3. l. 8. §. 1. 3. & 4. ff. d. t.* De poſteriori videri poteſt textus in *§. 21. b.* cujus effectus in eo conſiſtit, quòd hæres debeat legatario (ſuppoſitô, quòd teſtator ipſemet ante mortem non exegerit, *vid. Hopp. ad d. §. 21. b.*) actionem cedere *l. 18. & ibi Brunn. C. d. t.* quòd ſi nomen paſſivum creditori legetur, legatum non aliter valet, quàm ſi plus ſit in legato, quàm debito, ut ſi v. g. quod Titio debebam ex die, vel ſub conditione, eidem legavero purè *§. 14. b. t. l. 29. ff. de leg. 1. l. 66. pr. ff. de leg. 2.* ineſt 9

Nnn enim

(a) Quòd ſi ſaltem ſecundum quid ſit aliena, puta teſtatori oppignorata, aut vendita, ſed nondum tradita, valet legatum per textus apertos *in l. 43 §. fin. l. 71. §. penult. l. 86. pr. & §. fin. ff. de leg. 1.* Obſtare videtur è diametro *l. 66. §. 6. ff. de leg. 2. in fin* ibi; Sin autem res mea legetur mihi, Legatum propter iſtas cauſas (alieni nimirum uſusfructûs, pignoris, aut poſſeſſionis, quas JCtus prius allegat) NON VALEBIT. Legunt paſſim loco PROPTER PRÆTER. *Gloſſ.* textum explicat de aliis ſervitutibus, v. g. legatur mihi fundus meus, qui alteri ſervitutem itineris, viæ, aut actûs debet, legatum, inquit Gloſſator, non valet, nec tenetur hæres redimere; quia ejusmodi ſervitutes (ſecus ac uſusfructus) ſunt extra rem; quam reſponſionem ſuggerere videtur ipſe textus in verbis præcedentibus: *Non idem placuit in cæteris ſervitutibus*; hinc hæc verba *propter iſtas cauſas* limitanda ſunt ad alias ſervitutes.

enim ejuſmodi legato utilitas, quòd detracta conditione, ſeu die ſtatim à morte teſtatoris debeatur. Quid autem, ſi teſtator vixerit usque ad adventum conditionis, vel diei, num legatum evaneſcat, quia jam non plus eſt in legato, quàm debito? Reſpondetur non evaneſcere per textum expreſſum in *d. §. 14. b.* ubi probatur ſententia Papiniani in *l. 5. ff. ad L. Falcid.* reprobatúrque opinio contraria, quam etiam Paulus defendit in *l. 82. pr. ff. de legat. 2.* Papiniano è diametro contrarius. Ex his non obſcurè apparet, Inſtituta (etiamſi non ſe referant ad Codicem) quandóque derogare Digeſtis. Si verò antinomia diſpliceat, dici poterit cum *Hopp. ad d. §. 14.* Papiniano in *cit. l. 5. ff de leg. Falc.* ſermonem fuiſſe de caſu, quô debebatur ſub conditione, vel die, *ſine pignore;* hic enim etiamſi teſtator vivat usque ad adventum diei, vel conditionis, legatum perdurat propter utilitatem actionis hypothecariæ, quæ naſcitur ex legato: Econtrà Paulum fuiſſe locutum de caſu, quo jam priùs debebatur ſub pignore, ubi legatum, ſi teſtator tam diu vivat, evaneſcit, quia plus non eſt in legato, quàm debito. Ex quibus etiam fluit, poſſe maritum uxori prælegare dotem, eſto ſit propria uxoris *§. 15. b.* quia plus eſt in legato, quàm in actione dotis, quæ, ſi dos in rebus mobilibus, vel quantitate conſiſtat, primùm intra annum à ſoluto matrimonio competit *l. un. §. 7. verſ. exactio autem dotis C. de R. V. A.* (a) Si verò ſit legata, ſtatim debetur, & hoc eſt, quod Ulpianus in *l. 1. §. 2. ff. de dot. præl.* vocat commodum repræſentationis, ſeu præſentis ſolutionis.

10 Forma legati conſiſtit in modo legandi, qui fieri debet verbis directis, veluti patet ex definitione ſuperiùs expoſita: neque jure novo ampliùs intereſt, utrùm ante (quod olim non licebat) vel poſt hæredis inſtitutionem relinquatur *§. 34 b* item ante, vel poſt mortem hæredis, aut legatarii (rurſus ſecùs olim) legetur *§. 35 eod.* Neque ampliùs, uti jure veteri, prohibitum eſt legatum pœnæ causâ relictum v. g. *Si hæres meus filiam ſuam Cajo nuptui dederit,* aut contra: *ſi non dederit, mille dato Sejo §. 36. d. t.* modò pœna non ſit impoſſibilis: pœna enim impoſſibilis v. g. *Si hæres Cajum non occiderit, dato mille Sempronio,* vitiat legatum, quippe, ſi valeret, puniretur hæres, qui deberet legatum præſtare, ſine ſua culpa, cùm utique Cajum occidere non ſit ei permiſſum. Verùm, inquis, cur valet legatum ſub conditione impoſſibili v. g. *Titio lego mille,*

(a) Lapſus eſt hic Bachov. *ad §. 12. h. t. num. 2.* ubi docet, hoc legatum hodie non ampliùs habere effectum, cùm dos etiam in quantitate conſiſtens ſtatim debeat reſtitui. *d. l. un. §. 7.* At vix eſt, ut Author Conſultiſſimus textum benè inſpexerit, dum ſic habet: *Exactio autem dotis celebretur non annua, bima, trima die* (id eſt intra triennium pro rata) *ſed OMNIMODO INTRA ANNUM in rebus mobilibus, vel ſe moventibus, vel incorporalibus. Cæteris videlicet rebus, quæ ſolo continentur, illico reſtituendis.* jung. *§. 15. b.*

Digitized by Google

le, ſi Cajum occiderit; ita ut conditio habeatur pro non adjecta? Ideo, quia conditio adjicitur legatario, qui pariter, ſi legatum, & non conditio vitiaretur, puniretur ſine ſua culpa. Cape regulam, quotiescunque impoſſibilis, aut turpis conditio ultimis voluntatibus adjicitur, ſemper interpretanda eſt in illius favorem, cui eſt adjecta, quapropter, ſi ejus favor exigat, ut conditio actum vitiet, vitiatur, ſi verò exigat, ut conditio vitietur, & valeat actus, valebit actus, & vitiabitur conditio *l. 3. ff. de C. & D. Hopp. ad §. fin. b.* Ratio generalis eſt, quia gravato nil poteſt imputari, quod conditionem impoſſibilem, aut turpem non impleverit, non enim dependet ab illius conſenſu, vel voluntate.

II Effectus legati ex parte hæredis eſt obligatio ad legatum præſtandum, (a) ita ut rem legatam aliò diſtrahere, & ſic legatarii ſpem decipere non poſſit *l. 3. §. 2. C. com. de legat.* Quòd ſi res hæredis culpâ, & quidem probabiliter leviſſimâ, (b) perierit, tenetur hæres ad æſtimationem *l. 47. §. 2. & pen. ff. de leg. 1.* quia reſpectu negotii principalis, ſcilicet teſtamenti, quod inter teſtatorem, & hæredem vertitur *§. 10. de teſtam. ord.* ſolus hæres commodum ſentit. Si plures ſint hæredes, unusquisque pro ea parte gravatus intelligitur (niſi aliter teſtator diſpoſuerit) pro qua hæredes inſtitutus eſt *l. 124. ff. de leg. 1. arg. l. 11. §. 23. ff. de leg. 3.* De hæredibus, quibus invicem aliquid legatum fuit, exſtat notabilis textus in *l. 34. §. 12. ff. de leg. 1.* quem vide.

Effectus ex parte legatarii eſt, quòd commodum, & incommodum rei in ſpecie legatæ ad legatarium ſpectet. *vid. §. 16. cum 4. ſeqq. h. t.* poſſitque legatum actionibus competentibus perſequi. Competunt autem tres actiones, videlicet *Rei Vindicatio*, quæ fundatur in dominio rei legatæ, quod rectâ viâ à defuncto ad legatarium tranſit *l. 64. in fin. ff. de furt. l. 80. ff. de leg. 2.* *Actio hypothecaria*, quæ radicatur in tacita hypotheca, quam legatarius habet in bonis defuncti *l. 1. C. com. de leg.* & ex eo deſumpto *§. 2. h.* Et *Actio perſonalis ex teſtamento*, quæ oritur ex aditione hæreditatis, tanquam quaſi contractu, quo hæres adeundo hæreditatem creditoribus teſtamentariis ſe obligat ad præſtanda legata, ac fidei-

(a) Ubi obſervandum, teneri hæredes pro partibus hæreditariis *l. 33. pr. ff. de leg. 2. l. 17. ff. de duob. reis ſtip.* Limitant, ſi hæredes nominatim enumerati dare quid damnati ſunt, quaſi perſonarum enumeratio hunc effectum habeat, quòd eſto ſint inæqualiter inſtituti, ad legatum tamen præſtandum pro portione virili (non hæreditaria) teneantur. Ita velle videtur tum Pomponius *in l. 54. §. fin.* tum Neratius *in l. 124. ff. de leg. 1.*

(b) Intellige, ſi ipſe hæres legato ſit gravatus; nam ſi legatarius, vel fideicommiſſarius, aut etiam fiduciarius (quem tamen multi indiſtinctè ad levem adſtringunt) gravatus ſit, videndum, an commodum ſentiat, vel non, forte, quod omnia reſtituere ſit juſſus? Si prius? ad levem: Si poſterius? ad latam tantùm erit adſtrictus *l. 108. §. 12. ff. de leg. 1. juncta l. 22. §. 3. ff. ad SC. Trebell.*

fideicommiſſa *dd. tt. junƈto §. 5. de ob. quæ quaſ. ex contr.* Ex quibus apparet, quòd quamvis dies legati (ſi uſumfructum excipias *l. un. §. 6. C. de cad. toll.*) à morte teſtatoris cedat *l. 5. §. 1. ff. quand. dies leg. ced. d. l. un. §. 1. & 5. C. de cad. toll.* nihilominus ante aditam hæreditatem non veniat: quia, ſi hæreditas non ſit adita, omnis vis teſtamenti ſolvitur *l. 181. ff. de R. J.* & hinc etiam legata intercidunt *§. 2. in fin. de L. Falcid. Hub. h. num. 33.* quid autem ſit diem cedere, & diem venire, explicat Ulpianus in *l. 213. ff. de V. S.* & quinam ſit effectus diei cedentis, vid. apud eundem JCtum *in l. 3. 4. & 5. ff. quand. dies leg. ced.* (a)

12 Contraria ſunt modi, quibus legatum vitiatur, ſeu infirmatur. Vitiatur autem I. ſi erraverit teſtator in perſona legatarii *arg. §. 29. h.* v. g. credidit Titium, quem præſentem habebat, eſſe Cajum amicum intimum: ſecùs, ſi erratum ſit in nomine, vel cognomine, modò alias de perſona conſtet. Idem II. de errore in re legata dicendum, ubi pariter ſufficit, ſi de illa conſtet, quamvis in ejus nomine proprio erratum fuerit, ut ſi quis legaverit fundum A. quem appellavit Cornelianum, qui tamen vocabatur Sempronianus. Dixi, *in nomine proprio:* ſi enim error verſetur in nomine appellativo, ùt ſi legaturus veſtem ſcripſit ſuppellectilem, credens ſub illa veſtem contineri, legatum eſt inutile *l. 4. pr. ff. de leg. 1.* Ratio diverſitatis eſt, quia nomina propria ad libitum imponuntur, unde poſſunt & mutari & inculpabiliter ignorari: Econtra nomina appellativa jam ſunt communi uſu recepta, conſequenter nec mutari, nec, niſi ignorantiâ ſupinâ, vel omninò ſtultâ, neſciri poſſunt. *Hopp. ad d. §. 29.* uti autem error in nomine non vitiat legatum, ita neque falſa demonſtra-

(a) Hic adhuc quæri poſſet, num hæres teneatur ad fructus, vel uſuras? Teneri à tempore moræ videtur extra dubium. *l. 23. ff. de legat. 1. l. 78. §. 2. l. 87. §. 1. ff. de legat. 2. l. 3* juncta *l. 34. ff. de uſur.* Sed quando in mora conſtituitur? Variant hic in extremis Authores. Alii indiſtinctè tempus mortis: alii aditionis: alii ſcientiæ, alii litis conteſtatæ ſpectandum aſſerunt. Paucis, quod ſatis probabiliter in tanta opinionum varietate defendi poteſt, damus, plura ad alias curas opportuniores reſervantes. Quoad fructus eligimus tempus mortis, ſuppoſito, quod res propria teſtatoris legata ſit. *arg. l. 42. ff. de uſur.* ibi enim legatarius dominium jam obtinuit *l. 64. ff. de furtis.* Quòd ſi res fuerit aliena, ſpectandum erit tempus aditæ hæreditatis. *Ita capiendus* videtur textus in *l. 86. §. 2. ff. de legat. 1.* cui ſententiæ non obloquitur *l. 40. ff. de A. R. D.* ubi ſcientiæ ſit mentio; ſiquidem hoc textu tantum declaratur, quis ſit, vel non ſit in bona fide. Idem dicimus de uſuris, ſpectandum nimirùm tempus aditæ hæreditatis, ubi dies cedit, & efficaciter debetur. *arg. l. 8. pr ff. quand. dies leg. ced. & l. 181. ff de R. J.* Limitari hoc poterit, ſi ipſe legatarius fuerit in mora, fortè, quòd ſciens ſibi legatum relictum, non petierit. *arg. l. 22. §. 2. ff. ad SC. Trebell.* Et ita intelligi poterit *l. 1. & ult. C. de uſur. & fruct. legat.* ubi reſpicitur tempus litis conteſtatæ. Cæterùm ſpeciale eſt in Principe legatario, quòd legatum debeatur, eſto, decedat, antequam dies ceſſerit, quia dignitati cenſetur relictum, vid. *l. 56. & ſeqq. ff. de legat. 2.*

Digitized by Google

ſtratio, dummodò aliàs de perſona legatarii vel re legata conſtet, *v. g. Titio Genero meo, qui Doctor eſt THEOLOGIÆ* (& eſſet, *JURIS*) *lego mille*, legatum valet *§. 30. h. l. 34. pr. ff. de C. & D.* Si enim aliunde de re conſtet, demonſtratio eſt ſuperflua, ſuperflua autem, eſto falſa ſint, non nocent. Limitatur, ſi perſona vel res in demonſtrata qualitate vel non exſtet, vel nos lateat *l. 17. pr. & §. 1. ff. de leg. 1.* inde ſi centum, quæ in arca ſunt, legentur, & in arca nihil inveniatur, legatum non valet *l. 108. §. 10. ff. d. t.* quia prius eſſe debet, quod legatur, quàm quæri poſſit de illius valore *l. 40. §. pen. ff. eod. vid. l. 25. ff. de lib. leg. Laud. Hopp. ubi ſuprà.* Idem dicendum, ſi teſtator in genere leget Titio, quod eidem debet, & nihil debeat *l. 75. §. 1. ff. de leg. 1.* (a) Secùs, ſi certa quantitas ſit expreſſa *d. l. 25. ſub fin. de lib. leg. arg. §. 15. h. Hub. ibid. num. 13.* Jam rurſus veluti falſa demonſtratio legato non obſtat, ita nec officit falſa cauſa *§. 31. h.* quia legatum eſt actus liberalitatis, adeóque etiam ſine cauſa ſubſiſtens. Certum eſt præterea, & uſu notum, ait *Hub. hic num. 29.* ejusmodi cauſas à teſtatoribus frequenter apponi; ut ſpeciem magis & colorem ad vitandam invidiam liberalitati ſuæ erga aliquos concilient, quàm ut omne ab illis momentum pendere velint: Niſi fortè cauſa fuerit appoſita per modum conditionis, vel probari poſſet, fuiſſe cauſam finalem *d. §. 31. & l. 41. l. 72. §. 6. ff. de C. & D* quod fieri poterit, ſi ex cauſa, quæ ſubeſſe creditur, legaretur quidquam homini aliàs ignoto, aut parùm amico. vid. inſuper *Vinn. ad cit. §. 31. num. 4.* Vitiatur III. legatum, ſi vel perſona, vel res legata ita ſit incerta, ut non conſtet, cui vel quid legaverit, ut ſi Titio legaverit, & habeat duos Titios pariter conſanguineos, vel amicos *l. 19. ff. de reb. dub. arg l. 30. ff. de teſtam. tut.* quia non eſſe, & non apparere idem ſunt *l. 77. ff. de contr. empt.* IV. ſi res ſine culpa hæredis totaliter interierit *§. 17. h.* tum quia hæres eſt debitor certæ rei, qui ejus interitu liberatur *l. 23. ff. de O & A.* tum, quia legatarius à morte defuncti eſt dominus, quælibet res autem

 pe-

(a) Hic textus ſatis eſt difficilis. Ejus ſumma hæc eſt. Teſtator mihi legat: *quod ſibi Titius debet* (hæc eſt demonſtratio) & Titius nihil teſtatori debet: legatum eſt inutile, ſive non ſit, ſive ſit expreſſa quantitas. Ratio prioris redditur *in d. l. 75. §. 1.* quia non apparet, quantum fuerit legatum. Ratio poſterioris eſt, quia hæres deberet mihi legatario actionem, quam haberet contra Titium debitorem. cedere. At hic nulla eſt, ergò. *vid. d. l. §. 2. verſ. proinde.* Secùs dicendum, ſi teſtator mihi leget, *quod ipſe mihi debet*, & mihi nihil debeat; nihilominus enim hic valet legatum, ſi ſit expreſſa quantitas, quia nihil concurrit, niſi falſa demonſtratio, quæ legatum non vitiat *d. l. 75. § 1. verſ. cùm ſi decem, arg. §. 15. h. t.* Quid ſi teſtator leget, *quod ſibi Titius debet*, ipſi Titio debitori? (qui eſt caſus primi membri *cit. §. 2.* aliàs bis poneretur idem caſus) legatum eſt rurſus inutile, quia debiti non exiſtentis nec liberatio, quæ hæredi incumberet, nec exceptio legatario contra hæredem agentem obtinere poſſet. Ita capimus *cit. l. 75. §. 1. & 2. ff. de leg. 1.*

perit ſuo domino *l. 9. C. de pig. act.* Si verò res vivo teſtatore perierit, eſt ratio, quia non entis non ſunt qualitates, nullum autem eſt ens, quod periit. Quòd ſi pars rei legatæ ſeu tòtius (de cujus multiplici unitate *vid. l. 30. ff. de uſurp. & uſuc. Hub. h. n. 14.*) perierit, & quidem principalis, etiam extinguitur legatum in parte acceſſoria remanente. (Limitant, niſi pars per ſe ſubſiſtat, & uſum præbeat) ſic penu legata, & abſumpta, nec vaſa ampliùs debentur *l. 2. §. 4. ff. de pen. leg.* Id ipſum dicendum, ſi fundus cum inſtrumento (quô continentur inſtrumenta neceſſaria *l. 12. pr. ff. de inſtr. inſtrum. leg.*) legetur, pereunte fundo etiam ceſſat legatum quoad inſtrumenta *§. 17. h.* quia inſtrumenta ſe habent acceſſoriè. Num idem dicendum, ſi fundus inſtructus (quô comprehenduntur etiam inſtrumenta non neceſſaria, ſed, ut eſſet inſtructior comparata *d. l. 12. §. 27.*) vid. *l. 5 ff. d. t.* nec non *Vinn. & Hopp. ad d. §. 17.* Sanè grege ovium legato legatum debetur, etſi grex ad unam ovem reductus ſit *§. 18. h.* vid. *l. 22. ff. de leg. 1.* quamvis enim ad gregem conſtituendum requirantur ad minimum decem *l. 3. ff. de Abig.* in uno tamen conſervatur *arg. l. 7. ff. quod cujusque univ. nom.* Porrò dum dicitur pereunte parte principali rei legatæ, etiam perire acceſſoria, v. g. pereunte equo, etiam perire ornamenta, pereunte ſervo legato, perire peculium &c. intelligendum eſt, ſi pars principalis vivo teſtatore perierit; nam, ſi poſt mortem quid pereat, quidquid remanet, legato cedit, ut optimè ex *l. 12. ff. de pecul. leg.* advertit *Hub. h. num. 17.* quia quod ex re noſtra ſupereſt, id noſtrum eſſe, poſſeque nos vindicare patet ex *l. 49. §. 1. ff. de R. V.* quibus non obſtat, quòd mortuo bove neque caro, neque corium deberi dicatur in *l. 49. pr. ff. de leg. 2.* quia ſupponitur, ſi mortuus fuerit vivo adhuc teſtatore, ubi legatarius nondum eſt dominus, & ita legatum cum bove extinguitur. Singulare quid eſt de ſervo veſtito, quô mortuô neque veſtis debetur *ll. 139. ff. de pec. leg.* fortè ideo, quia veſtes certæ perſonæ adaptantur, quâ extinctâ non ampliùs ſunt utiles.

TITULUS XXI.

De Ademptione Legatorum.

1 PRæter modos ſuperiùs relatos infirmatur inſuper legatum *Ademptione*, vel *Translatione*. ADIMITUR autem legatum *Verbis*, vel *Factis*, & utroque modo vel *Directè*, vel *Indirectè*. DIRECTE VERBIS adimitur, ſi teſtator dicat: *quod Titio legavi, non do, non lego. princ. Inſt. h. l. 2. pr. ff. de adimend. vel transf. leg.* INDIRECTE, ſi poſtremâ ſcri-

ſcripturâ legatarium dicat peſſimum, indignum hominem *l. 13. ff. d. t.* & hoc fieri poteſt vel in teſtamento, vel in codicillis, nec non coram quinque teſtibus *arg. l. 14. §. 1. ff. eod.* vel, ùt alii volunt, coram duobus, aut tribus, per quos ſufficienter voluntas probari poteſt *arg. l. 12. ff. de teſtibus & l. 27. C. de fideicom. Hopp. ad pr. h.* addatur *l. 3. §. fin. ff. d. t.* FACTIS *directè* legatum adimitur, ſi teſtator conſultò deleverit, aut nomina legatariorum induxerit. *l. 16. ff. d. t.* *Indirectè*, ſi rem legatam donaverit *l. 18. l. 24. §. 1. ff. eod.* vel aliàs ſine neceſſitate alienaverit, quo caſu, etiamſi poſtea rurſus redimat, legatum, niſi nova voluntate repetendi probetur, non convaleſcit *l. 15. ff. d. t.* (a) Dixi, *ſine neceſſitate*, ex alienatione enim neceſſaria animus adimendi præſumi vix poteſt per textum bonum in *l. 11. §. 12. ff. de leg. 3. arg. §. 12. de leg.* Tollitur etiam indirectè, ſi inimicitiæ capitales inter teſtatorem, & legatarium ortæ fuerint *l. 3. §. fin. l. 22. ff. de adim. vel transf. leg.*

2 Translatione ſimiliter infirmatur legatum juxta Paulum *in l. 6. ff. b. t.* quatuor modis: Aut enim I. de perſona in perſonam transfertur, v. g. *hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego. §. 1. Inſt. h.* Hæc formula Thomaſio contra *Hub. Inſt. de leg. num. 25. circa fin.* videtur incidere cum formula conjunctionis realis, quæ habetur *in §. 8. d. t.* ſed malè! Aliud enim eſt dicere, *Titio hominem Stichum do, lego, Sejo hominem Sti-*

(a) Quid ſi teſtator rem mutaverit? Si concurrat acceſſio, ùt ſi areæ legatæ imponatur domus (idem ſi deſtructa ſit, ſecus, ac in uſufructu *l. 5. § 2. ff quib. mod. uſusfr. amitt*) manet legatum & una cum area & domus debetur, *l 44. § 4. ff de leg. 1. l. 39 ff de leg. 2.* vid. *§. 27. & ſeqq. h. t.* At huic ſententiæ in terminis contradicit Celſus *in l. 79. § 2. ff de legat. 3.* ibi: *Area legata, ſi inædificata medio tempore fuerat, ac rurſus area ſit, QUAMQUAM TUNC PETI NON POTERAT, nunc tamen debetur.* Textus poterit intelligi de caſu, ubi ex circumſtantiis colligitur, teſtatorem per inædificationem mutâſſe voluntatem *arg. d. l. 44. §. 4. ff. de leg. 1.* Eſto probabiliſſimum ſit, hoc ſpectare ad diſſidia JCtorum veterum. Conſtat enim ſententiam Celſi *in d. l. 79. §. 3.* fuiſſe à Paulo reprobatam *in l. 98. §. fin. in pr. ff. de ſolut.* Dici etiam poterit, Celſum intellexiſſe de caſu, ubi à tertio, non à teſtatore impoſitum fuit ædificium. Quid ſi domus legata deſtruatur; & alia à teſtatore ſubrogetur? Interire, ait, legatum Gajus *in l. 65. §. ult. ff. de legat. 1.* niſi aliud teſtatorem ſenſiſſe, fuerit approbatum; quod tunc pro certo recipimus, ſi domum individualiter v. g. domum, ùt nunc eſt, legavit. Quod ſi res legata novam formam extra acceſſionem ſuſcipiat, ſervantur regulæ de ſpecificatione *ex §. 25. de rer. div.* quo etiam facit *l. 78. §. 4. ff. de legat. 3.* Unde ſi ex lana legata conficiatur veſtis, legatum extinguitur, ita Paulus *in l 88. pr. ff. de legat. 3.* Secùs ſi ex maſſa legata fiant Scyphi. Diſſentit iterum poſt Julianum Ulpianus *in d. l. 44. §. 2. ff de leg. 1.* Vel eſt rurſus ineluctabile Veterum diſſidium ex materia ſpecificationis emanans, vel textus erunt explicandi, quòd in ejusmodi mutationibus ſubintret non rarò quæſtio voluntatis. Quid denique, ſi teſtator nomen alteri legatum à debitore exigat? legatum adimitur *§. 21. h. arg. l. 11. §. 13. ff. de leg. 3.* Secùs ſi oblatum acceperit, vel exegerit ob periculum, ne debitor ſiat non ſolvendo. *arg. d. l. 11. §. 12. & 13. ff. de leg. 3.*

Digitized by Google

Stichum do, lego. Et aliud: *hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego.* Sicut aliud eſt dicere (hanc inſtantiam ſuperaddimus fundamentis Huberi) *Titius damnas eſto, hominem Stichum dare Cajo, Sejus damnas eſto hominem Stichum dare Cajo,* & aliud: *Stichum, quem dare damnaveram Titium, Sejus dare damnas eſto.* In priori caſu ſunt duo ejuſdem rei debitores, in poſteriori eſt facta ab uno ad alium hæredem translatio, quia onerando hac formula alterum, videtur prohibere, ne prior daret *d. l. 6. §. 1. ff h.* ergo idem proportionaliter dicendum de noſtro caſu. Aut II. ab eo, qui dare juſſus eſt ad alium, qui dare debet, ùt, ſi teſtator, quod à Cajo legaverat, leget à Sempronio, uti patet ex caſu mox allegato. Aut III. de re legata ad aliam, ùt ſi locô domûs legetur fundus. Aut denique IV. quod purè legatum eſt, relinquitur ſub conditione, vel viciſſim. Ratio horum omnium eſt, quia ambulatoria eſt voluntas hominis usque ad extremum vitæ ſpiritum *l. 4. ff. eod.* hinc poteſt teſtator pro libitu variare.

TITULUS XXII.

De Lege Falcidia.

1 INfirmantur etiam ſaltem quoad partem, ſeu minuuntur legata per Legem Falcidiam, *quâ modus legatis impoſitus eſt, cùm enim* (verbis Triboniani *in pr. h.* utimur) *olim lege 12. tabb. libera erat legandi poteſtas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare, quippe, cùm ea lege ita cautum eſſet, UTI QUIS LEGASSIT SUÆ REI, ITA JUS ESTO. Viſum eſt, hanc legandi licentiam coarctare, idque ipſorum teſtatorum (IMO ET HÆREDUM l. 71. ff. b. t.) gratiâ proviſum eſt ob id, quòd plerumque inteſtati moriebantur, recuſantibus ſcriptis hæredibus pro nullo, aut minimo lucro hæreditates adire.* Tentavit quidem huic malo medelam afferre C. Furius Tribunusplebis, qui Plebiſcito (quod vocamus Legem Furiam) ſtatuta in legatarium, qui plus caperet, pœnâ quadrupli cavit, ne cuiquam ultra mille Aſſes legarentur: verùm, cùm teſtatores faciendo plura legata, uti priùs, patrimonium ſuum exhaurirent, & ita res ad priſtinum ſtatum reducta videretur, Q. Voconius alio Plebiſcito (Lege Voconia) ſuccurrendum exiſtimavit, atque ſublata Lege Furia prohibuit, ne quis plus cuiquam legâſſet, quàm ad hæredem, hæredésve perveniret. At quia, experientia teſte, neque hoc remedio effrænata legandi libertas compeſci poſſe videbatur, quid enim, ſi quis habens centum aureos feciſſet 99. legata, cuilibet legatariorum aureum relinquendo; hæredi plus

plus unô aureô non remanebat: quis ſpe tantuli-lucelli oneribus hæreditariis ſeſe ſubſterneret?

Succeſſit ita rogante Tribunoplebis Publ. Falcidio Lex Falcidia, *quæ eſt Plebiſcitum, quô cavetur, ne plus legare liceat, quàm dodrantem ſuorum bonorum, adeóque ut penes hæredem, vel hæredes pars quarta remaneat. d. princ. Inſt. h.* Ex his ſatis conſtat CAUSAM EFFICIENTEM hujus legis eſſe Publ. Falcidium, eámque competere (en SUBJECTUM) hæredi ultra dodrantem gravato: ſi plures ſint pro indiviſo inſtituti, quartam ſimul deducunt, & inter ſe dividunt. Quòd ſi aliqui gravati ſint, aliqui non, gravati deducunt ſuam quartam. Ratio enim legis Falcidiæ in ſingulis hæredibus ponenda eſt *§. 1. in fin. h.* ſiquidem vî hujus beneficii, quilibet hæredum quartam illius portionis, in qua inſtitutus eſt, ſalvam habere debet *l. 77. ff. eod.* Quid ſi unus ſit gravatus, & alteruter illorum deficiat, adeóque pars deficiens alteri accreſcat? Diſtinctione opus eſt, & videndum, num pars gravata deficiat, & accreſcat non gravatæ, vel econtra pars non gravata accreſcat gravatæ? Si prius, habetur ratio Legis Falcidiæ, potéſtque hæres, cui pars gravata accreſcit, deducere quartam ex parte accreſcente. Ita textus expreſſus in *l. 78. ff h.* addita *l. 1. §. 14.* (ubi Antonini opinio rejecta eſt) *ff. eod.* cui etiam ſuffragatur ratio, quòd hæres, cui pars gravata accreſcit, debeat ex perſona cohæredis deficientis præſtare legata, hinc etiam æquum eſt, ut ejus nomine quartam deducat *arg. l. 10. ff. de R. J.* Si poſterius, hoc eſt, ſi pars non gravata accreſcat gravatæ, ceſſat ratio Falcidiæ, debétque hæres gravatus ſibi gratulari, quòd acquirat ſemiſſem non gravatum, & ita tenetur ex ſua parte integra legata ſolvere *d. l. 78. ff. h.* cùm enim fuerit à teſtatore gravatus in perſona propria, ſufficiat ei locò Falcidiæ aliàs ſibi competentis partem accreſcentem ſalvam, & integram obtinere. *Vinn. ad §. 1. h. n. 2.*

Singulare quid eſt in ſubſtitutione pupillari, ſi quis pupillo cohæres, & ſimul ſubſtitutus ſit, ubi intereſt, utrùm pupilli, an cohæredis, ſimúlque ſubſtituti portio onerata ſit? Si pupilli, ulteriùs refert, num pupillus fuerit hæres patris, adeóque ſubſtitutus veniat vi pupillaris ſubſtitutionis, an non fuerit patris hæres anteà fortè mortuus: ſi prius, poteſt ſubſtitutus, uti ipſe pupillus, ſi vixiſſet, Falcidiam deducere, quia ſuccedit in omne jus, quod pupillus hæres factus habuit *l. 87. §. 4. ff. h.* & ſe habet, ùt æs alienum *l. 11. §. 5. ff. eod.* Si poſterius, adeóque, ſi ſubſtitutus veniat vî ſubſtitutionis vulgaris, tenetur integra legata ſolvere, confunduntur enim hi duo ſemiſſes, quaſi ab initio fuiſſet ex aſſe hæres *d. l. 87. §. 4.* facta autem confuſione, non eſt ultra dodrantem gravatus. Neque refragatur, quòd etiam hic portio gravata accreſcat 3

Digitized by Google

non gravatæ: nam non tam accreſcit ex diſpoſitione, ſeu quadam neceſſitate juris, uti in caſu ſuperiùs poſito, quam, utpote hæres, & ſimul ſubſtitutus, ex judicio, & voluntate teſtatoris ſubſtituentis illam acquirit, ac proinde juſtum videtur, ut tanquam ex voluntate teſtatoris ex aſſe hæres unâ quartâ, ſeu portione non gravata contentus ſit. Si non pupilli, ſed ipſius ſubſtituti portio legatis ſit exhauſta, & is poſteà impuberi ex ſubſtitutione pupillari hæres fiat, Falcidiæ ratio ita eſt ineunda, ut ex duabus partibus propria nempe, & pupillari, quartam unam ſalvam habeat, eſto enim pro ſemiſſe non patris ſubſtituentis, ſed pupilli hæres fiat, tamen quoad computandam rationem Falcidiæ ſe habet, ac ſi non filii, ſed ſolius patris hæres exiſteret. Idem dicendùm, ſi utraque portio, tam impuberis filii, quàm cohæredis, ſimúlque ſubſtituti gravata ſit, & ſubſtitutus vì ſubſtitutionis vulgaris, ùt ſuprà monitum, ad totam hæreditatem veniat. Legata enim tam primis, quàm ſecundis tabulis (id eſt, tam teſtamento paterno, quàm pupillari) relicta confunduntur, & contribuuntur, ac ſi eſſent in eodem teſtamento impoſita. Ita lege, & intellige *l. 11. §. 5. & pen. l. 79. & d. l. 87. §. fin. ff. h. t.* Idem præterea dicendum, ſi pater filium impuberem, & extraneum hæredem ſcripſerit, & legatis oneraverit, ac deinde filio impuberi nullis legatis onerato ſubſtituerit, & rurſus ſecundis tabulis oneraverit, legata enim ſecundis tabulis à ſubſtituto relicta ſe habent, ac ſi illa à filio ſuo cohærede in primis tabulis ſub conditione eſſent relicta. Et ita verificatur, quod vulgò dicitur, in tabulis patris, & filii unam Falcidiam ſervari *l. 1. §. 12. l. 11. §. 5. & pen. l. 79. & 80. ff. h. t. vid. Voët. ibid. num 22. & 23.* Dictum fuit ſuperius, competere Falcidiam *heredi*, cujus nomine etiam venit hæredis *hæres l. 10. C. h. t.* nec non *Fiscus*, ſi ei hæreditas deferatur *arg. l. 3. §. ult. ff. ad S. C. Trebell.* non tamen legatarii, & fideicommiſſarii *l. 47. §. un. ff h.* quia ceſſat Falcidiæ ratio, ſive enim velint, ſive nolint acceptare legatum, vel fideicommiſſum, teſtamentum tamen, hæreditate ſemel ab hærede adita, ſubſiſtit. Neque ſpecies facti, quæ in *l. 32. §. pen. ff. d. t.* profertur, huc quadrat, cum ſit caſus ſpecialis, ubi legatarius rogatus partem legati reſtituere, debuit ab hærede pati Falcidiam, hinc æquum videbatur, ut pro rata in portione reſtituenda Falcidiæ nomine ſolutum ſibi retineret. Excipitur caſus, quô hæres fiduciarius coactus adiit, hic quippe fideicommiſſarius Falcidiam (de Trebellianica infrà videbimus) poteſt deducere *l. 63. §. 11. ff. ad S. C. Treb.* Idem dicendum, ſi fiduciarius in gratiam fideicommiſſarii non deduxit. *l. 1. §. 19. ff. d. t.*

4 Objectum Falcidiæ ſunt ea, à quibus detrahitur: detrahitur autem I. à legatis tam in teſtamento, quàm ab inteſtato relictis *l. 18. ff. l. 2. &*

10.

10. C. h. t. ita, ut neque Princeps, neque Reſpublica ſe huic quartæ ſubducere poſſint *l. 3. §. fin. ff. l. 4. C. d. t.* imò nec alimenta, quorum cæteroquin ingens eſt favor, excipiuntur *l. 89. pr. ff. d. t.* II. à fideicommiſſis particularibus *arg. d. l. 2. C. eod.* Licèt quidam exiſtiment, deducendam eſſe Trebellianicam, verùm minùs exactè, poſtquam fideicommiſſa particularia fuerunt omnimodò æquiparata legatis *§. 2. ſuprà de leg. l. 2. C. com. de leg.* Meliùs fortè dicerent Pegaſianam *arg. §. 5. Inſt. de fideic. hæred.* (a) III. à donationibus, quæ morte confirmantur, ùt ſunt donationes inter patrem, & filium, inter maritum, & uxorem. V. quandóque etiam intuitu eorum, quæ mortis causâ relicta ſunt, ſi illa ab hæredibus præſtari debeant, ùt habetur caſus in *l. pen. C. h. t.* v. g. teſtator dixit: *Titius hæres eſto, ſi Cajo mille dederit, & hæc quantitas dodrantem læderet. Voët ff. h. t. n. 4. in fin.* ſecùs verò, ſi ab alio non hærede præſtanda ſint, ùt ſi teſtator dixerit: *Titio lego fundum Tuſculanum, ſi Cajo centum dederit: l. 93. ff. h. t.* quamvis huic legi tantum, ùt vulgò fit, non ſit fidendum, cùm potiùs illa centum, quæ ibi hæredi obveniunt, non tam ex capione mortis causâ, quàm titulo fideicommiſſi particularis capiantur, ùt accuratè advertit *Titius in Theſ. Jur. h. n. 16.*

Acriter diſceptatur, utrùm legata pia Falcidiæ ſubſint? Mihi ſemper præponderâſſe viſa fuit affirmativa, tum propter textum in *l. 1. §. 5. ff.*

(a) Imò pejus, regeris, cùm ſatis ſit probabile, Falcidiam interpretatione juris ſtatim ſpectâſſe ad fideicommiſſa particularia (quin & ad univerſalia *l. 11. ff. de leg. 1. l. 30. § 7. ff. h. t.*) ne aliàs teſtator, quod non poterat relinquere per legata, fideicommiſſo particulari daret, & ita Falcidiam, quæ aliàs in idem cum Lege Furia, & Voconia vitium incidiſſet, eludere valeret; Pegaſiano ſiquidem SCto primùm poſt integrum ſæculum conſultum fuit. Et quamvis *in §. 5. de fideicom. hæred.* etiam in ordine ad fideicommiſſa particularia quartæ fiat mentio, non tamen de Pegaſiana, ſed de Falcidia intelligi poteſt. Hæc quippe indiſtinctè præcepit, ut hæredi quarta bonorum ſalva maneat. Ita diſcurrunt *Bachov. h. ad pr. num 5. & Vinn. ibid n. 6.* Verùm hæc obſervatio vix ſalvari poteſt, ſi enim Falcidia juris interpretatione jam ad fideicommiſſa tum univerſalia (quod planè falſum eſſe debet) tum particularia ſpectâſſe, dicimus, quid opus fuiſſe SCto Pegaſiano, cujus hiſtoria *in § 5 & 6. de fideicomm. hæred.* relata planè everteretur? Sed quid ad eorum fundamenta reponimus? Particularia fideicommiſſa, quod attinet, eſt mera conjectura, quæ probat, potuiſſe id fieri, non item, quod factum fuerit; quippe nec erat ita neceſſarium, dum fideicommiſſa tempore inventæ Falcidiæ adhuc in arbitrio hæredum conſiſtentia valde erat infirma, idcircò non ſuberat vel tantum periculum, vel eadem, quæ in legatis ratio. Conferatur *princ. Inſt. h. & §. 1. de fideicomm hæred.* quoad univerſalia textus adducti non faciunt ad rem, cum ſint intelligendi de quarta Pegaſiana, quæ non rarò nomine Falcidiæ venit. Ex quibus patet (quod etiam prælaud. Authores non diffitentur) meliùs adſtrui Pegaſianam, quàm Trebellianicam, quia circa illam in ordine ad fideicommiſſa particularia nec Trebellius, nec Juſtinianus aliquid immutâſſe videtur. Profectò Trebellianica ideo obtinere non poteſt, quia in his fideicommiſſis onera transferri nequeunt.

Digitized by Google

ff. h. t. ibi : *Ad municipium quoque legata, & ea, quæ DEO relinquuntur, Lex Falcidia pertinet*, tum, quia ex *l. 49. pr. C. de Epiſc. & Cler.* ſupponitur, non aliter poſſe evitari Falcidia etiam in cauſis piis, quàm ipſas cauſas pias, ſive in genere, ſive in ſpecie inſtituendô, quibùs caſibùs nemo adeſt, cui Falcidia competat: non ſi pauperes, vel alia cauſa pia in genere ſit inſtituta, quia eſt tantùm corpus aliquod fictum, & illius adminiſtratores v. g. Epiſcopus vel Oeconomus quoad nudum nomen jus hæreditarium ſine emolumento Falcidiæ habere dicuntur in *d. l. 49. §. 4.* quod procedit, eſto in hac hypotheſi aliqua legata in ſpecie ſint relicta *§. 7. d. l. 49.* cùm ſemper verum ſit dicere, executores non eſſe veros hæredes: Non ſi in particulari cauſa pia ſit nuncupata, quia rurſus deficit hæres, qui Falcidiam prætendere poſſit. Accedit denique, quòd ratio Legis Falcidiæ, ut nimirum hæres alliciatur adire hæreditatem, etiam tangat cauſas pias, ex teſtamento deſtituto aliàs nihil acquiſituras.

Contradicit è diametro *Auth. ſimiliter C. h. t.* ibi: *Similiter Falcidia ceſſat in his, quæ ad pias cauſas relicta ſunt.* Verùm hæc tam parùm contrariæ opinioni proficit, quàm certum eſt, eam non correſpondere fonti, unde fuit deſumpta ſcilicet *Nov. 131. c. 12.* ſiquidem *Auth.* generalis eſt, & abſolutè concepta. Fons vero conditionatè loquitur, dum his verbis fluit: *Si autem hæres, quæ ad pias cauſas relicta ſunt, non impleverit dicens, relictam ſibi ſubſtantiam non ſufficere ad iſta; præcipimus omni Falcidia vacante, quidquid invenitur in tali ſubſtantia, proficere proviſioni ſanctiſſimi locorum Epiſcopi ad cauſas, quibus relictum eſt.* Quis non videt, ſermonem eſſe de hypotheſi, ubi hæres negavit, ſubſtantiam ſufficere ad legata pia. Sit hoc (regeris) ergo ex eo erit puniendus, quòd verum dixerit, & ita jure Falcidiæ ſibi competentis privandus? Verùm replico, tam parum tibi, quàm mihi conſtare, num verum dixerit. Certè ſi verbis illis hypotheticis nulla vis ineſſet, Imperator ſimpliciter dixiſſet, uti compilator Authenticarum: *In cauſis piis præcipimus omnem Falcidiam vacare.* Inſtabis, ùt imaginor, ſi *nov.* intelligenda eſſet de caſu mendacii, non tantùm ceſſaret Falcidia, ſed hæres omninò in duplum condemnaretur juxta *§. 19. de Act.* ſed neque hoc premit: Non enim hic agitur ex profeſſo de pœna, ſed tantùm, quando ceſſet Falcidia, ſiquidem, qui moram commiſit in ſolvendis legatis piis, tenetur in duplum *d. §. 19.* & tamen *d. nov.* in membro ſecundo *cit. c. 12.* ubi abſque dubio agitur de mora commiſſa: ibi: *ſi autem diſtulerit &c.* de pœna dupli nihil commemorat. (a) Hæc dicta ſunto pro theoria, nec enim intendo judicantem

(a) Gravius obſtare videtur Pauli locus *4. ſent. 3. §. 3.* ibi: *Lex Falcidia: itémque SCtum Pegaſianum deducto omni ære alieno, DEORUMQUE DONIS, quartam reſ-*

Digitized by Google

tem contra communem praxim, quæ pro cauſis piis invaluit, ad ſequelam trahere. (a)

Forma conſiſtit in modo, quô Falcidia deducitur, ut autem legi- 5
timè deducatur, debent ſpectari bona, prout erant tempore mortis; nec non deducenda deduci, & imputanda imputari: *Quoad primum* itaque attenditur quantitas patrimonii, quod aderat tempore mortis *§. 2. h. arg. l. 62. §. 1. ff. eod.* ita ut quidquid poſt mortem accreſcit, vel decreſcit, proſit, vel noceat hæredi. vid. exempla *in d. §. 2. h.* ratio eſt, quia legata cedunt à morte defuncti *l. un. §. 3. C. de cad. toll.* Limita, ſi ex prævio facto teſtatoris augeatur hæreditas, fortè, quòd debitor hæreditarius ſit factus ſolvendo. Quò facit *l. 83. ff. h. t* ejusmodi enim augmenta proſunt legatariis *Hopp. ad d. §. 22.* (b) Neque credas, durum accidere hæredi, ſi fortè poſt mortem teſtatoris per mortes ſervorum, animalium, aut naufragiô, ruinâ, vel alio casmate (de quibus *vid. d. §. 2. & l. 30. pr. ff. h. t.*) hæreditas diminueretur, cùm liberum ei ſit, num velit adire hæreditatem, vel non, quo ultimo caſu conſilium ſuggerit Imperator in *d. §. 2.* ut legatarii cum hærede paciſcantur de portione aliqua relinquenda, ut alliciatur ad adeundam hæreditatem: *Quoad ſecundum*, deduci debet æs alienum à defuncto contractum *§. 3. h. l. 54. ff. eod.* item expenſæ funeris neceſſariæ *arg. l. 1. §. fin. l. 2. ff. h. t.* quænam autem ſint neceſſariæ, traditur *in l. 14. §. 3. & l. 37. ff. de Relig. & ſumpt. fun. Quoad tertium*, imputantur in Falcidia omnia ea; quæ hæres habet titulo univerſali, ſeu ùt hæres; adeóque non ea, quæ obtinet jure prælegati, conditionis implendæ, aut donationis mortis causâ *l 74. & 91. ff. h. t.* Limitatur, ſi ea lege donatum, vel legatum fuerit, ut à Falcidia abſtineat. *vid. l. 59. §. fin. l. 75. ff. eod.* aut legatum ab eo accipiat, cujus reſpectu vult Falcidiam deducere, nimirum à cohærede. *vid.*

reſidua hæreditatis ad hæredem voluit pertinere. Quid apertius? At, vel textus cubat in mendo: vel Paulus ſuam ſententiam recantavit *in d. l. 1. §. 5. ff. h. tit.* Sed, inquies, quid lex civilis ad cauſas pias. *c. ex. de teſtam.*? Nihil, ubi Jus Canonicum ex reſsè receſſit; hic autem nullibi receſſit. Accedit, quòd tantum ſit lex declaratoria. Summa, pergis, eſt ratio, quæ pro religione facit *l 43. ff. de relig. & ſumpt. fun.* Sed non in infinitum, & ultra caſus expreſſos. Nónne & alimentorum favor ſummus eſt; non tamen tantus, ut à Falcidia eximat? *l. 89. pr. ff. h. t.*

(a) Et ita a noſtra Facultate, me pro laudabiliſſima hac praxi referente, reſponſum fuit

(b) Augmentum itaque ex natura hæreditatis, vel facto teſtatoris proveniens prodeſt legatariis *l. 50. §. 1. ff. de pecul. l. 56. §. 1. ff. h. t.* Decrementum vero (utrumque intellige, ſi poſt mortem teſtatoris contigerit) nocet hæredi, ita capienda *l. 83. ff. h. t.* Hinc ſi agatur de augmento, attenditur tempus aditionis, ſi diminutum tempus mortis. *d. l. 56. pr. ff. h. t.* & ita conciliandi ſunt allegati textus in ſpeciem aliàs ſibi contrariantes. Jungat. *Bachov. h. ad §. 2.*

l. 22. pr. ff. d. t. His igitur omnibus ita conſideratis, deductis, in- & computatis, ſi hæredi quarta non maneat ſalva, ad remedium legis Falcidiæ recurrit, cujus

6 Effectus proximus eſt jus deducendi Quartam partem modô hactenus deductô. Remotus ſunt remedia, quæ ad hanc quartam conſequendam competunt: competit autem imprimis, ſi poſſideat, *jus RETENTIONIS*, & *EXCEPTIONIS*, dum à legatariis, cæteriſque creditoribus teſtamentariis convenitur *l. 15. §. 3. ff. l. 10. l. 18. C. b. t.* ſi verò non poſſideat, competit hæredi vel REI VINDICATIO *l. 26. pr. ff. b. t.* vel *Actio in FACTUM l. 77. §. 2. ff. de leg. 2.* dum fortè res legata apud legatarium aliunde exiſtit. Vel *Condictio INDEBITI*, ſi ex errore (facti non juris) legata integra ſolvit *l. 9. C. b. t. vel Interdictum QUOD LEGATORUM*, quando legatarii propria authoritate res legatas occupârunt *tot. tit. ff. quod legatorum.* Vel denique *Actio ex STIPULATU*, ſi prævia ſtipulatione legatarii promiſerint, ſe, quod ultra dodrantem ſolutum apparebit, reſtituturos *l. 1. & tot. tit. ff. ſi cui plus, quam per leg. Falcid. D. D. Franz b. n. 13.*

7 Contraria ſunt modi, quibus Falcidia ceſſat. Ceſſat autem vel ex perſona teſtatoris, vel hæredis, vel propter qualitatem, ſeu privilegium rei legatæ. Ex Perſona TESTATORIS ceſſat I. ſi miles jure militari teſtatus ſit. *l. 92. ff l. 7. l. 12. C. b. t.* II. Si deductionem Falcidiæ expreſsè prohibuerit, quod jure noviſſimo (ſecus olim *l. 15. §. 1. & ult. arg. l. 27. ff. & l. 11. & 18. C. b. t.*) licere patet ex *novell. 1. c. 2. §. 2.* Dictum fuit expreſsè, nec enim ſufficit prohibitio tacita, ſeu generalis v. g. *bæres meus integra legata ſolvat: nullô juris beneficiô utatur. Zoëſ. b. t. n. 30. & ſeqq cum aliis paſſim:* aliis tamen etiam diſſentientibûs. Quid autem conſilii; ſi prohibitâ Falcidiâ hæres hæreditatem adire recuſet? Sunt, qui legatariis, ac fideicommiſſariis jus adeundi tribuunt, ſed hanc opinionem, ùt erroneam ſuperiùs *tit. 17. n. ult.* profligavimus. Debebunt itaque legatarii, cum hærede de quota relinquenda paciſci, ut ad adeundam hæreditatem alliciatur *arg. §. 2. in fin. b.* caſus exceptos affert *Hub. b. n. 5.* (a) Ex Perſona HÆREDIS ceſſat I. Si Falcidiæ expreſsè, vel tacitè, ſcienter integra legata ſolvendo, renuntiaverit *l. 46. ff. b. arg. l. pen.*

(a) Ubi nimirum legata debentur, etiamſi non ſit adita hæreditas. *Primus* eſt, ſi hæres conſanguineus hæres ſcriptus cauſam teſtamenti repudiet, & velit ab inteſtato ſuccedere. *l. 1. & tot. tit. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. Alter*, ſi appareat voluiſſe teſtatorem ut etiam hæredes legitimi præſtent legata, ùt habetur caſus in *l. 88. §. 9. ff de legat. 2. Tertius*, ſi extraneus pecunia corruptus repudiet. Ita capiunt *l. 2. § fin. ff de ſuis & leg. bæred. Quartus*, ſi ſit adjecta clauſula codicillaris. *Quintus* habetur *in l. 14. C. de fideicommiſſ.* ſi videlicet hæreditas non verbis directis, ſed ea lege fuit relicta, ut eſſet à ſucceſſoribus ab inteſtato poſtulanda.

Digitized by Google

l. pen. C. de pact. jungatur notabilis textus renuntiationis tacitæ in *l. 5. §. 15. ff. de don. int. vir. & uxor.* quod procedit, eſto uni tantùm, vel alteri legatum integrum ſolverit, ita ut ceſſet Falcidia etiam reſpectu aliorum *nov. 1. c. 3. in pr.* eſt enim quædam inter legatarios communio *arg. l. 49. ff. h. t.* quæ inæqualitatem non admittit: ſecùs eſt, ſi ex pluribus rebus uni relictis unam præſtet ſine deductione Falcidiæ; manet enim integra ſalva adhuc in aliis rebus *l. 16. ff. eod.* II. Si inventarium omiſit, vel non modô legitimô confecit *nov. 1. c. 2.* præſumitur enim dolosè occultâſſe bona hæreditaria, ne legatariis teneatur. III. Si id egerit, ut intercidat voluntas defuncti *l. 59. pr. ff. h. t.* utpote ſi teſtamentum celaverit, res hæreditarias ſubtraxerit *vid. d. nov. 1. c. 2. §. 2.* IV. Si intra annum (in legatis piis 6. menſes *nov. 131. c. 12.*) legata non præſtiterit *d. nov. 1. c. 4.* Ob qualitatem, ſeu PRIVILEGIUM REI LEGATÆ ceſſat I, ſi res ſint legatæ ea conditione, ne alienentur, ſed maneant in familia, vel penes ſucceſſores *nov. 119. c. 11.* Cauſa itaque prohibitionis ſubjuncta eſſe debet, videlicet; ut maneat penes ſucceſſores, fortè propter affectum, quem ad rem illam, utpote à majoribus acquiſitam, habet *l. 114. §. 14. ff. de leg. 1.* nec enim ſufficit nuda alienationis prohibitio, quæ hæredem non obligat *l. 38. §. 4. l. 93. pr. ff. de leg. 3 arg. l. 69. ff. de leg. 2. Stryck. de caut. teſtament. c. 22. membr. 1. §. 1.* II. in Dote uxori prælegata *l. 81. §. 1. ff. h. t.* III. à libertate legata *l. 33. ff h.* IV. ſaltem de uſu hodierno, in legatis piis, ùt ſuprà monitum, quibus addi poteſt V. legitima filiis debita, utpote æs quaſi alienum: His tamen caſibus nullum incommodum in reliquos legatarios, quibus non plus detrahitur, ſed totum in hæredem redundat *nov. 131. c. 12. Hopp. h c in fin.* Modi, quibûs ceſſat Falcidia his verſibûs comprehenduntur.

Falcidiam ceſſare facit Pars debita Natis,
Dos, Miles, Vetitum, Libertas, ſponte Solutum
Res vetitæ vendi, Pietas, mora Annua, Crimen,
Ac hæres ſi nôn facit Inventaria, ſubſit.

TITULUS XXIII.

De Fideicommiſſariis hæreditatibus, & ad SCtum Trebellianum.

SUpra *tit. de legatis §. 3.* promiſit Imperator ſe ſeparatim de jure legatorum, & fideicommiſſorum tractaturum, ne permixta utriusque tractatio rem ipſam redderet difficiliorem: Expoſitô igitur legatorum

Digitized by Google

rum, quæ ratione obligationis, & tempore, jure fideicommiſſis ſunt antiquiora, ſpectántque ad actus ultimæ voluntatis directè tales; alterum membrum aggreditur, ubi hæreditas, vel res alia particularis modô indirectô, & obliquô relinquitur. Sit igitur juxta Rubricæ præſcriptum.

PARS I.

De Fideicommiſſariis hæreditatibus.

1 Fideicommiſſa (quaſi fidei alterius commiſſa) originem ducunt ab incapacitate hæredum. Erant quippe olim plures perſonæ incapaces, quibus aut nihil, aut non tantum relinqui poterat, quantum aliis, ut erant non modò igne, & aqua Interdicti, Proſcripti, Transfugæ, Peregrini, ſed etiam Fœminæ, ùt de lege Voconia latiùs probat *Vinn. ad §. 1. h. n. 3.* Orbi, Cœlibes, veluti diſcimus apud *Ulpianum in Frag. Tit. 22. §. 2. & 15. cum ſeqq.* nec non apud *Cicer. 1. in Verr. & 2. de finib. Vinn. ad §. 1. h. n. 2.* qui igitur ejusmodi perſonis hæreditatem vel totam, vel partem relinquere deſiderabant, cùm non poſſent expreſsè inſtituere, ſolebant Amicos, in quos ſpecialem fiduciam habebant, inſtituere, eósque ſecretis precibûs rogare, ut incapacibus reſtituant. Verùm, quoniam nemo tenetur facere id, de quo rogatus eſt, ac ſæpè apud ejusmodi amicos plus avarities, quàm fides data valeret, diu inter exempla probitatis, & perfidiæ fluctuavit fideicommiſſorum mos, donec Auguſtus ſemel, iterúmque gratiâ perſonarum motus, vel quia per ipſius ſalutem rogatus quis diceretur, aut ob inſignem quorundam perfidiam fideicommiſſa roboraverit, juſſerítque Conſulibus authoritatem ſuam interponere. *vid. §. 1. h.*

Eſt autem fideicommiſſum Authore Ulpiano *in frag. tit. 25. quod non civilibûs verbîs, ſed precativè relinquitur, nec ex rigore juris proficiſcitur, ſed ex voluntate datur relinquentis.* Seu breviùs, *eſt actus ultimæ voluntatis, quô verbîs obliquîs aliquid relinquitur.*

Aliud eſt Univerſale, aliud Particulare. *Illud* eſt, quô hæreditas vel tota, vel pars v. g. triens vel quadrans relinquitur. *Iſtud*, quô res quædam particularis, videlicet fundus, domus &c. relinquitur. Aliud rurſus Expreſſum, aliud Tacitum. *Prius* eſt, quando fiduciarius expreſsè rogatur aliquid reſtituere; *Poſterius*, quando voluntas teſtatoris ex circumſtantiis colligitur, ut ſi teſtator petat, ne bona alienentur, ſed ut in familia maneant; ſimplex prohibitio, ne bona alienentur, non ſufficit, juxta textus *tit. priori n. ult. cit. in l. 114. §. 14. ff. de*

de leg. 1. l. 38. §. 4. ff. de leg. 3. & arg. l. 69. §. 3. ff. de leg. 2. Similiter ſi hæredi, ejúſque ſucceſſoribus teſtamenti factionem de quibusdam bonis extra ſuos agnatos interdicat, cenſetur quippe vocare omnes, qui ſunt de familia, ita, ut in ejusmodi caſibus militet ſententia JCti in *l. 67. §. 9. ff. de leg. 2. ſi enim* (inquit) *omiſſa fideicommiſſi verba ſint, & cætera, quæ leguntur, cum his, quæ ſcribi debuerant, congruant, rectè datum, & minùs ſcriptum.* Videri inſuper poteſt *l. 64. l. 77. §. 24. & 25. ff. de leg. 2. l. 17. & 74. ff. ad SC. Trebell.* Plura exempla fideicommiſſi taciti allegat *DD. Franz p. m. h. n. 12.* Aliud inſuper Commune, ſeu ſimplex, aliud Familiare: *In illo* nullus habetur reſpectus ad familiam: *In hoc* vel maximè reſpicitur conſervatio, & ſplendor familiæ, intra quam res hæreditariæ manere debent, ùt uſu hodierno plerumque contingit in familiis Illuſtribus. *vid. Stryck. de caut. teſtam. c. 21. membr. 2. per tot.*

Cauſa efficiens remota eſt D. Auguſtus, qui fideicommiſſis nullô juris vinculô, ſed tantùm pudore fiduciariorum antea ſuffultis authoritatem impertitus eſt. *Proxima principalis*, eſt fideicommittens. Poteſt autem fideicommittere ſolus ille, qui teſtamentum facere *l. 2. ff. de leg. 2. arg. l. 1. §. 1. ff. de leg. 3.* *Inſtrumentalis* eſt ille, qui reſtituere gravatus eſt, vocatúrque hæres *Fiduciarius.* Gravari poteſt omnis, ad quem hæreditas teſtatoris gravantis ſive directè, ſive obliquè, ſive jure civili, ſive prætorio, eſt perventura; adeóque hæres ſive teſtamentarius, ſive ab inteſtato, qui hæreditatem quidem à lege habet, ſed tamen ex tacita, ſeu præſumpta defuncti voluntate, qui eam, faciendo teſtamentum, adimere potuiſſet. *vid. §. 2. 10. & 11. h.* 2

Subjectum eſt is, cui hæreditas, vel pars eſt reſtituenda, qui hæres *Fideicommiſſarius* audit, non autem, ut olim, ampliùs licet legibus imponere, & incapaci relinquere, ſed quod palam rogatur, id pro non ſcripto habetur, quod clam, Fiſco cedit *l. 3. ff. de his, quæ pro non ſcript. l. 1. l. 2. §. 1. ff. de jur. Fiſc.* *Objectum* eſt hæreditas, vel tota, vel pars reſtituenda *§. 8. & 9. h.* dummodò nemo plus reſtituere gravetur, quàm ipſe accipit *l. 1. §. 17. ff. ad SC. Trebell. l. 9. C. h. t.* nec enim æquitas patitur, aliquem plus onerari, quàm honoratus eſt. *arg. l. 10. ff. de R. J.* 3

Forma alia eſt Intrinſeca, alia Extrinſeca. *Intrinſeca* conſiſtit in modo, quo relinquitur, qui indirectus, ſeu obliquus nimirum mediante tertia perſona fiduciarii verbis precariis eſſe, ac fieri debet: per verba precaria tamen non præcisè intelliguntur rogataria, v. g. *peto, rogo*, ſed etiam mandatoria, ſeu juſſoria, velut *mando, jubeo, volo, fidei tuæ committo. §. ult. de ſing. reb. per fideicom. rel.* *Forma Extrinſeca* ſtat in ſolemnitatibus, ubi diſtinguendum, num relinquatur fideicom- 4

miſſum per teſtamentum, num per codicillum, ſeu ab inteſtato: Si prius, requiruntur, præter hæredis inſtitutionem oppidò neceſſariam, eædem ſolemnitates, quæ in teſtamento *arg. §. 2. h. & l. 30. ff. de lib. & poſth.* Si poſterius, quinque teſtibus opus eſt, ſicut in codicillo *arg. §. 10. h. & §. 2. de codicill.* Solebant etiam olim fideicommiſſa per epiſtolam ad rogatum directam relinqui, uti habentur exempla *in l. 75. & 77. §. 26. ff. de leg. 2. l. 37. §. 3. ff. de leg 3.* modò legitimis teſtibûs munita fuerit *l. 22. C. de fideicom. arg. l. ult. pr. ff. de leg. 2. Voët ff. ad Treb. n. 8.* quòd ſi fideicommittens omnes ſolemnitates evitare deſideret, poterit recurrere ad præſcriptum *l. ult. C. de fideicomm.* & ex ea deſumpti *§. ult. h.* nimirùm hæredem præſentem rogare, ut hæreditatem reſtituat. Si verò mortuo teſtatore hæres perfidiâ tentus adimplere fidem recuſat, negando rem ita eſſe ſubſecutam, & fideicommiſſarius ex defectu teſtium (hinc tutius eſt adhibere ad minimum duos teſtes probationis causâ) voluntatem defuncti probare non valeat, poteſt, præſtitô priùs juramentô calumniæ, fiduciario deferre jusjurandum, quòd nihil tale à teſtatore audiverit, qui, vel ad jurandum, vel juramentum ſubire recuſans, ad fideicommiſſi ſive univerſalis, ſive particularis ſolutionem coarctandus eſt, ne depereat ultima voluntas teſtatoris fidei hæredis commiſſa *d. l. & §.* Utrùm autem hæc obligatio reſtituendi fideicommiſſum per voluntatem minùs ſolemnem relictum, oriatur ex data à fiduciario teſtatori fide, num in pœnam mendacii, quòd negaverit, rem ita fuiſſe ſecutam, vel quòd ex defectu ſolemnitatum reſtituere recuſet, an verò (quod verius videtur) ſimpliciter ex ſola aditione hæreditatis fideicommiſſo gravatæ, & quamvis nihil horum intercesſerit, præſentes paginæ diſcuſſionem non permittunt. *vid. Harprecht. integr. diſſert. ad d. l. ult. ſpecialiter verò c. 2.* Interim tamen cum eodem Authore ibi *§. 37. d. l.* finalem non aliter procedere exiſtimamus, quàm ſi ipſe hæres, cujus fidei teſtator aliquid commiſſum voluit, præſens fuerit, ſermonem fideicommittentis audiverit, atque ita ipſe totius rei geſtæ veritatem perſpectam habeat, quo caſu non poterit ſine ſumma improbitate, & impudentia implementum ſubterfugere, cùm econtra, ſi non fuit præſens, vel ignorare, vel de falſitate negotii ob omiſſas ſolemnitates excipere poterit. (a) Cæterùm poteſt fideicommiſſum relinqui, vel ex

(a) Hinc non obſtant *l. 23. & 29. C. h. t.* ubi etiam fideicommiſſum ex voluntate minùs ſolemni non deberi dicitur. Nam non loquuntur de caſu, ubi hæres reſtituere rogatus fuit præſens, adeóque nec opus eſt dicere cum Bachov. hos textus fuiſſe abrogatos, conſequenter ſupina ſocordia huc adductos.

Num hæc conſtitutio trahi etiam poſſit ad legata? Ita vult *Bachov. h.* Sed veremur accedere, quia hoc modo everterentur vix non omnes leges teſtamentaria

Digitized by Google

ex die certo, vel etiam ad diem certum; hic enim non ſubeſt periculum, ut teſtator decedat partim teſtatus, partim inteſtatus, cùm ſemper adſit hæres fiduciarius.

Effectus fideicommiſſi alius eſt ex parte Hæredis Fiduciarii, alius ex parte Fideicommiſſarii. Ex parte *Prioris* eſt obligatio ad reſtitutionem illius, de quo fuit rogatus, ubi notandum ſub impoſitione v. g. quidquid ad hæredem pervenerit, etiam contineri prælegata *l. 3. §. 4. ff. ad SC. Treb.* ſecùs, ſi tantùm, quod jure hæreditario conſecutus fuerit, rogetur reſtituere *l. 18. §. fin. ff. d. t.* Num etiam fructus ſint reſtituendi? Fructus ante aditam hæreditatem percepti dicuntur in reſtitutionem venire in *l. 27. §. 1. ff. eod.* quia augent ipſam hæreditatem, eíque accreſcunt *l. 20. §. 3. ff. de pet. hær. l. 38. ff. de leg. 2.* adeóque ſuſtinent perſonam defuncti *arg. l. 33. & 34. ff. de A. R. D.* Non item poſt aditam hæreditatem, niſi mora à fiduciario commiſſa ſit, vel ſpecialiter fuerit rogatus reſtituere *d. l. 18. pr. ff. ad SC. Trebell. d. l. 27. §. 1.* quia non hæreditati, ſed rebus ipſis accreſcunt *d. l. 18. §. 2. ff. eod.* Quandoque tamen, etiamſi non ſint reſtitutioni obnoxii, ſunt in Trebellianicam imputandi, ùt infrà videbimus. Nec enim obligatio reſtituendi fructus cum obligatione illos in Trebellianicam imputandi eſt confundenda; cùm poſterior priorem non inferat, ùt patebit conſideranti vel ſolam *d. l. 18. pr. & §. 1. ff. ad SC. Trebell.* poſſunt tamen ſimul concurrere ita, ut fiduciarius illos imputare, & in quantum illam excedunt, reſtituere debeat *arg. citt. textt.* Hæc obligatio tamen alios tangere non cenſetur, quàm eos, qui tempore teſtamenti conditi ſunt ſuperſtites & hæredes *arg. §. 2. h.* ùt notabili exemplo comprobat *Hub. ff. ad SC. Treb. n. 9.* Fit autem reſtitutio Re vel Verbis. *Re* per actualem traditionem verè, vel quaſi talem, brevis, aut longæ manûs. *Verbis*, ſi oretenus, vel per nuncium, aut epiſtolam fiduciarius declaret ſe hic & nunc reſtituere hæreditatem *l. 37. pr. ff. ad SC. Trebell.* Facta tamen reſtitutione fiduciarius nihilominus hæres manet, quia ſemel hæres ſemper hæres *l. 88. in fin. de hæred. inſtit. l. 7. §. 10. ff. de min.* ita, ut à creditoribus hæreditariis conveniri, ſed pariter exceptione ſeſe tueri poſſit *l. 1. §. 4. ff. ad SC. Trebell.* Ex parte *Poſterioris*, ſcilicet hæredis *Fideicommiſſarii*, alius eſt effectus proximus, alius remotus. *Ille* conſiſtit in jure petendi id, quod ſibi per fideicommiſſum relictum eſt. *Iſte* ſtat in remediis, quibus fideicommiſſarius juvatur. Ubi videndum, num hæres adierit hæreditatem, vel non? Si hoc, poteſt fideicommiſſarius im-

viæ, præſertim autem *l. ult. C. de Codicill.* Alia eſt inſuper ratio legatorum & fideicommiſſorum: Illa relinquuntur directè, verbiſque legalibus, ſeu imperativis: Iſta fide hæredis præcisè nituntur.

plorare OFFICIUM Judicis, ut cogat fiduciarium adire *§. 7. b.* (a) quamvis enim non poſſit hæres cogi ad adeundam hæreditatem à legatariis, hic tamen res ſe habet longè aliter, cùm fiduciarius poſſit transferre onera in fideicommiſſarium, in quem etiam titulo univerſali transfertur hæreditas, unde ſubintrat principium æquitatis naturalis: ad id, quod mihi non nocet, & alteri prodeſſe poteſt, poſſum adſtringi *arg. l. 2. §. 5. ff. de aqua, & aqu. pluv. arc.* Econtra hæres non poteſt transferre onera in legatarios, qui titulo particulari, eòque lucrativô legata obtinent. Quòdſi fiduciarius juſſui Judicis non paruerit (cùm ad nudum factum nemo ſimpliciter, & abſolutè, ſeu coactione phyſica adigi poſſit) hæreditas nihilominus habebitur pro adita, ne pertinacia fiduciarii defunctum reddat inteſtatum *arg. l. pen. §. 1. C. ad SC. Treb.* Si illud, id eſt, ſi adivit, ſed nondum reſtituit, datur fideicommiſſario Actio perſonalis EX TESTAMENTO. Si verò jam reſtituit, ſed fortè tantùm verbis vel literis, competit Rei VINDICATIO, cùm per reſtitutionem verbalem ſaltem transferatur dominium *l. 63. pr. ff. d. t.* Caſu, quo autem etiam realiter ſit facta reſtitutio, contra fiduciarium nulla ampliùs eſt opus actione, contra tertium verò experiendum erit vel PETITIONE Hæreditatis obliqua, ſeu fideicommiſſaria contra illum, qui pro hærede, vel poſſeſſore poſſidet, vel rei VINDICATIONE contra quemcunque alium.

Contraria ſunt modi, quibûs fideicommiſſum evaneſcit. Evane-
6 ſcit autem vel in totum, vel quo ad partem: In totum, vel ex *facto* Teſtatoris, vel Hæredis, vel Fideicommiſſarii. *Ex facto teſtatoris* evaneſcit, I. ſi fideicommiſſum revocaverit *l. 19. C. h. t.* & revoccationem fiduciarius probaverit *l. 27. C. eod.* II. Si debitas ſolemnitates omiſerit *l. 23. C. d. t.* Ex facto (ſeu potiùs fato) hæredis I. ſi ante fideicommittentem decedat, quia non poteſt hæreditas venire ad fideicommiſſarium, niſi per manus fiduciarii, videtúrque imbibita conditio, *ſi hæres*

(a) Id, quod procedit, eſto fortè ſubſtitutus, paratus eſſet adire; quia poteſt fideicommiſſarii intereſſe, ut inſtitutus adeat, tum ratione Trebellianicæ, quæ in caſu coactionis non deducitur. *vid. l. 4. C. ad SC. Treb.* tum quod fideicommiſſarius reſpectu ſubſtituti non ſit vocatus. *arg. l. 74. ff. de leg. 1.* vel alius ſit vocatus. vid. *l. 6. §. 5. l. 63. §. 13. ff. eod.*

Quid ſi fiduciarius purè, fideicommiſſarius verò ſub conditione ſit inſtitutus, num pendente conditione poſſit cogi? Poteſt: & ſi poſtea conditio deficiat, hæreditas onerata, quam fiduciarius coactus adivit, non ad illum, ſed ad creditores venit, ne invitus cogatur onera ſuſtinere. vid *l. 11. §. fin. & l. 13. pr. ff. d. t.* Non obſtat *l. 27. §. 4. ff. eod.* quia imprimis longè alius eſt caſus, aliáque decidendi ratio; nec enim ſubſtitutus pupillo, iſto adhuc vivente, de ejus hæreditate probè agere poteſt. Deinde ipſa inſtitutio fuit conditionata; hinc conferenda eſt *l. 9. §. fin. l. 31. §. ult. ff. d. t.*

Digitized by Google

res oneratus hæres fuerit. l. 29. §. 1. ff. de leg. 2. arg. l. 13. §. 3. ff. ad SC. Treb. Limita, ſi ſubſtitutioni fideicommiſſariæ directa ſubnexa fuerit, vel ſit appoſita clauſula codicillaris, ut *arg. l. 14. C. d. t.* probat. *Voët. ff. eod. num. 69.* Dixi, *ſi ante teſtatorem decedat.* Idem dicendum, ſi ante aditam hæreditatem moriatur. *arg. d. l. 13. §. 3. & l. 27. §. 6. ff. d. t.* niſi fortè mors contigerit durante jure transmiſſionis, vel ex circumſtantiis appareat, teſtatorem voluiſſe hæreditatem abſolutè, adeóque etiam ab hæredibus ab inteſtato reſtitui: *Lauterb. ff. b. n. 19.* & ita intelligi poterit *l. 2. §. fin. ff. de ſuis & leg. hæred.* Illi enim, ad quos hæreditas jure transmiſſionis obvenit, iisdem, quibus hæres prædefunctus, tenentur oneribus *arg. l. 44. pr. ff ad SC. Treb.* & in hoc ſenſu aſſentimur *Hub. h. n. 9.* (a) II. ſi deſcendens ab aſcendente inſtitutus, ſive deinde ſit filius (idem de filiabus) ſive nepos, & deinceps, dummodò ab initio vocatus, fideicommiſſo fuerit oneratus, & iſte deſcendentes relinquat: cenſetur enim imbibita conditio, *ſi ſine liberis deceſſerit*, ne teſtator videatur alienas ſucceſſiones propriis anteponere *l. 30. C. h. t.* Quandoque etiam hæc conditio, *ſi ſine liberis deceſſerit, reſtituat*, expreſsè apponitur, quo caſu, ſi gravatus liberos quidem non acquirat, ſed Monaſterium ingrediatur, ceſſat onus reſtitutionis, ac ſi conditio non eſſet adjecta *nov. 123. c. 37.* Quid autem, ſi ita rogato liberi naturales (de ſpuriis certum eſt, non admitti (b)) naſcantur? Voluntatis quæſtionem ex circumſtantiis decidendam appellat Ulpianus in *l. 17. §. 4. ff. ad SC. Treb.* in Affirmativam inclinat Scævola *in l. 77. §. 1. ff. eod.* ubi tamen caſus videtur ſpecialis, dum matrimonium, licèt invalidum, utpote cum furioſa initum, præceſ-

(a) Regulariter enim debere à fiduciario eſſe aditam hæreditatem præter *citt. tt. in l. 29. §. 1. ff. de legat. 2. & l. 13. §. 3. ff. ad SC. Treb.* nec non ea, quæ ad hunc titulum tradi ſolent, probat etiam *l. pen. §. 1. C. d. t.* ubi tres caſus, in quibus aditione fiduciarii opus non eſt, pro firmanda regula excipiuntur; hinc falſum eſſe debet, illud onus regulariter tranſire ad ipſos hæredes fiduciarii.

(b) Quid hodie dicendum, cùm naturales & ſpurii æquiparentur; omnes quippe ſunt ex thoro prohibito? A me omnimodam paritatem inter hos & illos impetrare nequeo; majori quippe favore illi, qui ex fœmina aliàs honeſtè vivente, quàm ex proſtibulo ſunt progeniti, ſemper viſi ſunt. Sunt denique filii ex affectu, uti olim, adeóque extraneo præferendi. At, inſis, etiam ſpurii ſunt filii. Sunt, ſed non tam ex affectu, quàm ex libidine; nec patrem (per ſe loquendo) ita certum habent, velut illi. Replicabis, impedire ſaltem conditionem matri adjectam, quæ certa eſt. Mittamus hoc ex conſequentia doctrinæ: Et quid inde? Excipe nihilominus fœminam illuſtrem. *arg. l. 5. C. ad SC. Orphit.*

Quid ſi pater (id eſt, filius teſtatoris gravatus) filium quidem acquiſiverit, ſed in naufragio ambo perierint? Si filius ſupervixit, fideicommiſſum extinguitur: Si verò pater, fideicommiſſum præſtandum eſt. Si non conſtet, quisnam moriendo præceſſerit, fideicommiſſum indiſtinctè (adeóque non procedit *l. 9. ff. de R. D.*) debetur. *l. 17. §. 7. ff. ad SC. Trebell.*

ceſſit. *Factô fideicommiſſarii* tollitur fideicommiſſum I. ſi repudiet *l. 26. C. h. t.* vel II. ſi idem renunciet *l. 1. C. de pact.* aut III. conditionem appoſitam non impleat. Vel IV. hæc aliunde deficiat *l. 4. C. de cond. inſt.* aut etiam V. ſi, antequam fiduciarius adierit, vel denique VI. dies reſtitutionis ceſſerit, decedat. Nam, ubi poſtquam dies ceſſit, moritur, tranſmittit illud jus ad hæredes *l. 25. & 46. ff. ad SC. Trebell. Hub. ff. d. t. num. 12.* cùm per aditionem fiduciarii fideicommiſſario jam ſit jus, unà cum actione perſonali ex teſtamento quæſitum. Quin imò defendit *Voët. d. t. n. 68.* fideicommiſſarium, eſto ante aditam à fiduciario hæreditatem moriatur, tranſmittere adhuc *remedium extraordinarium*, vì cujus hæres cogi poteſt ad adeundam hæreditatem. *arg. l. 14. in fin. 15. & 16. ff. d. t.* juncta *l. 6. ff. de in integ. reſtit.* ne dicat, *ipſam hæreditatem* jure deliberandi. *arg. l. 19. ff. de jur. delib. & §. 9. h. t.* cui ſententiæ aſſentiri videtur *Zoëſ. ff. de A. vel O. H. num. 39. & ſeqq.*

PARS II.
De SC. Trebelliano.

8 QUoad partem tollitur fideicommiſſum ex diſpoſitione SC. Trebelliani, cujus hiſtoriam *ex §. 4. & ſeqq. h.* paucis cape: Cùm hæres inſtitutus, ac reſtituere rogatus etiam facta reſtitutione hæres permanſerit *l. 88. ff. de hæred. inſt.* adeóque regnantibus adhuc Auguſto, Tiberio, Claudióque Imperatoribus actiones hæreditarias inſtituere, atque pati, convenire, & conveniri debuerit, quia non ſicut res corporales, ita jura quoque, & actiones tranſlationem de perſona in perſonam, & quaſi de loco in locum recipiebant (hoc enim legis opus erat) & hinc fiduciarii reſtitutione gravati hæreditatem adire, adeóque ſe oneribus hæreditariis ſubſternere meritò detrectarent, Neronis tempore Trebellio Max. & Annæo Seneca Conſulibus (Extraordinariis, ſeu aliis intra annum ſuffectis, ùt vult *Vinn. ad §. 4. h. n. 1.* cùm in Faſtis non reperiantur) SCtum factum eſt, quô cavebatur, ut hæreditate ex fideicommiſſi cauſa reſtituta omnes actiones, quæ jure civili hæredi, & in hæredem competebant, ei & in eum darentur, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſſet hæreditas. Unde Prætor utiles actiones ei & in eum dare cœpit *cit. §. 4.* rationem dat *Vinn. ad §. 4. h. n. 3.* (a) Verùm quoniam ple-

(a) Quia, eſto per SCtum poſſit quis fieri verus hæres, utpote, cùm ſit portio juris civilis, hic tamen noluit Trebellius fideicommiſſarium verum & directum hæredem facere, cùm adſit jam alius, nempè fiduciarius, jure civili talis, penes quem manente actio-

Digitized by Google

plerumque ſcripti hæredes totam, aut pene totam hæreditatem reſtituere rogabantur, ſimiliter ob nullum, vel modicum lucrum adire recuſabant, ſub Veſpaſiani Imperio, Pegaſo & Puſione Conſulibus Senatus cenſuit, ut reſtituere rogato liceret ad exemplum Falcidiæ Quartam deducere; quo caſu tamen ceſſabat Trebellianum, id eſt, actiones non ampliùs transferebantur, ſed adhærebant hæredi fiduciario, qui cum effectu (quoad jus) hæres erat, duo enim hæredes cum effectu eſſe non poterant: idcirco neque hæc duo SCta ſimul obtinere, ſed alterutro fiduciarius debebat eſſe contentus. Itaque ſi ex voluntate teſtatoris quarta ſalva erat, reſtituebat ex SCto Trebelliano, ſcilicet tranſlatis pro rata dodrantis in fideicommiſſarium actionibus: ſi verò quarta non erat ſalva, uti ſolebat beneficiô Pegaſiani, quartáque retentâ jus hæredis exercebat. Ne autem ſolus ferret onus æris alieni, dividebantur juxta proportionem actiones mediantibus ſtipulationibus, ſicut fieri ſolebat inter hæredem, & legatarium partiarium (cui legata erat pars hæreditatis v.g. triens, imò & tota quædam hæreditas. vid. *l. 76. §. 1. ff. de leg. 2. Vinn. ad pr. Inſt. de leg.)* ſeu inter venditorem, & emptorem hæreditatis, de quibus vid. Ulpianus in *frag. tit. 24. §. 23. & 25. §. 13.* nec non *§. 5. & 7. h.* Sed cùm ex ejuſmodi ſtipulationibus multæ controverſiæ orirentur, quapropter Papiniano excelſi ingenii homini captioſæ viderentur, placuit Juſtiniano hæc dua SCta (retento tamen nomine Trebelliani, utpote cujus authoritate univerſitas transfertur, adeóque perfectiori, ac exploſô Pegaſianô) in unum redigere, quo tria ſtatuit: I. ut ultra dodrantem gravatus quartam poſſit deducere. II. ut actiones hæreditariæ tam activæ quàm paſſivæ inter fiduciarium, & fideicommiſſarium pro rata quadrantis, & dodrantis dividantur. III. ut fiduciarius cogi poſſit ad adeundam, ac reſtituendam hæreditatem *§. 7. h. t.* Eſt itaque SCtum Trebellianum *Beneficium, quo cavetur, ut hæres fiduciarius ultra dodrantem reſtituere gravatus quartam deducere, ſeu retinere valeat.* Ex quibus patet, tum, quòd

Cau-

actiones directæ, ita ut tantum utiles in fideicommiſſarium tranſeant, quæ tamen cum directis ejuſdem ſunt efficaciæ, hæreſque fideicommiſſarius in effectu remaneat hæres, & liberetur fiduciarius. vid. *l. 1. § 3. & 4. ff. ad SC Trebell.* nec non *l. 64. pr. ff. eod.* ubi ſi fiduciarius reſtituta hæreditate creditori ſolverit, indulgetur condictio indebiti. Quod tamen limitandum, ſi ſciens ſolverit *arg. l. 26. §. 3. ff. de condict. ind. & l. 53. ff. de R. J.* Illud nondum, ut adverto, capis, quod *in §. 4. h.* dicatur Prætor actionem dare, cùm tamen SCtum ſit ſpecies juris civilis? Senatus novas actiones quidem non dedit, quia jam erant penes hæredem; ſed excitavit juriſdictionem Prætoris, ut eas extenderet ad fideicommiſſarium, ita tamen, ut juxta ſuam originem manerent civiles. *arg. l. 1. ff. commod. l. 1. ff. depoſit.*

Digitized by Google

9 *Cauſa efficiens* hujus SCti, uti nunc jacet, ſit Juſtinianus, qui hæc duo SCta in unum coagulavit *d. §. 7. h.* tum, quòd competat hæredi fiduciario (qui hic *Subjectum* audit) ultra dodrantem fideicommiſſo univerſali gravato, ſive ſit teſtamentarius, ſive legitimus *§. 2. & 10. h.* ſive ex aſſe, ſive ex parte hæres, modò in ea portione, in qua inſtitutus eſt, ultra dodrantem ſit oneratus *§. 8. d. t.* Dictum fuit: *fiduciario;* quippe fideicommiſſario, eſto fortè rurſus gravatus ſit reſtituere, non indulgetur *l. 47. §. un. ff. ad Leg. Falcid.* niſi hæres fiduciarius in gratiam fideicommiſſarii non deduxerit *arg. l. 1. §. 19. ff. eod.* Malè autem cum *DD. Franz hìc n. 8.* & aliis huc caſum reduces, ubi hæres coactus adivit. Debere enim hìc fideicommiſſarium ſine deductione Trebellianicæ fideicommiſſa præſtare, deciſum eſt apud Papinianum *in l. 55. §. 2. ff. d. t.* Neque obſtat paritas, quòd poſſit in hoc caſu fideicommiſſarius deducere Falcidiam, in relictis nempe ab hærede *l. 63. §. 11. ff. eod.* nam aliud eſt ex perſona hæredis ad legata conveniri, aliud proprio nomine defuncti precibus adſtringi *d. l. 55. §. 2. Theſ. jur. hìc n. 31. Vinn. ad §. 11. n. 1.* Neque te decipient verba *cit. textus: Et erit in hac quoque reſtitutione Trebelliano locus.* Si recordaberis, vi Trebelliani olim tantùm licuiſſe transferre hæreditatem cum oneribus; non item quartam deducere, uti ſuprà notatum (a)

10 Intricatiſſima æquè, ac ferventiſſimè agitata ſe offert controverſia: Utrùm filius hæreditatem reſtituere rogatus, duplicem quartam ſcilicet legitimam, & Trebellianicam deducere queat? Jure Canonico affirmativa deciſa legitur in *c. Reynuncius 16.* & *Reynaldus 18. de teſtam.* & quamvis ibidem ſermo ſit de fideicommiſſo conditionato, de quo caſus fuerat propoſitus, rationes decidendi tamen ſunt ita prægnantes, ac generales, ut poſſint, imò debeant etiam applicari ad fideicommiſſum purum. In *cit. cap. 16.* approbatur ſententia de Trebellianica præter legitimam deducenda, lata tum ideo: *Cùm etiam quilibet extraneus reſtitutione gravatus eam deducere potuiſſet*, tum, *quia illæ tertiæ ita ſunt deducendæ, ut legitima portio jure naturæ debita* (nempe legitima) *ſalva ſit in utraque*, tum, *quia pater ipſam* (filiam) *in legitima non pôtuit aggravare; quapropter legitimam ipſam videlicet ejus partis, quæ ſibi debebatur ab inteſtato deducendam cenſuit, & etiam tertiam retinendam.* Id, quod *in c. 18.* verbis indubitatis ita repetitur, ibi: *Quoniam idem Raynaldus habebat in bonis quondam Peponis patris ſui tertiam partem DEBITAM JURE NATURÆ,*

(a) Alium caſum meliùs excipies, ſi nimirum fideicommiſſarius non totum, quod accepit (de quo caſu etiam intelligenda eſt *l. 78. §. 11 ff. ad SC Treb.*) ſed tantùm partem rurſus reſtituere ſit rogatus, hic quippe, ſi ipſe Trebellianicam paſſus fuerit, pro rata & alteri deducat *arg. l. 32. §. 4. ff. ad L. Falc. arg. l. 1. §. 13. & l. 5. ff. ſi cui plus, quàm per Leg. Falcid. Bachov. ad §. tum quoque 11. h. t.*

Digitized by Google

RÆ, in qua GRAVARI NEQUIVIT, nec non QUARTAM TREBELLIANICAM, quam quilibet extraneus reſtitutione gravatus deducere potuiſſet. Jam quis negabit has rationes militare tam in fideicommiſſo puro, quàm conditionato, & ita tum legitimam, tum Trebellianicam, ſive in idem, ſive in diverſum tempus incidant, deducendas, cùm ſemper verum ſit, legitimam deberi de jure naturali: non poſſe à patre gravari: filium repræſentare duplicem perſonam, nimirum *filii*, & *heredis:* adeóque etiam honorandum duplici quarta *arg. l. 1. §. ult. ff. ſi à par. quis manum.* Suppoſita igitur de Jure Canonico hujus ſententiæ certitudine, atque claritate, recto tramite, argumentô nempe vulgatô fit deſcenſus ad jus civile, quod, ſi nihil contra diſponit, aut fortè ſubobſcurè, vel dubiè, ſequitur Jus Canonicum clarum *c. 1. & 2. de N. O. N.* Atqui Jus Civile nihil contra deductionem duplicis quartæ diſponit, cùm, ùt volunt ipſi Adverſarii, de duabus quartis nulla in jure civili fiat mentio: conſequenter ſignum eſt, ſe conformâſſe Juri Canonico; præſertim cùm pugnent eædem rationes. Siquidem etiam Jure Civili legitima eſt *quaſi æs alienum* (id eſt ultimum poſt alia debita deducendum) *l. 8. §. 15. ff. de inoff. teſtam.* item *debitum naturale* audit in *l. 36. §. 2. C. d. t. nov. 118. in præf.* Facit pro hac ſententia ratio, meô judiciô, efficaciſſima, quòd in Trebellianicam tantùm illa veniant imputanda, quæ hæres habet ex judicio, & libera voluntate teſtatoris *l. 22. §. 2. ff. ad SC. Treb. juncta l. 91. ff. ad L. Fal.* atqui legitimam non habet ex libera voluntate teſtatoris, qui nolit velit (excipe cauſam ingratitudinis) debet illam relinquere, idcirco etiam tanquam æs alienum deducenda. Et hanc ſententiam, poſt alios quàm plures, noviſſimè defendit, atque ab argumentis Harprechti, aliorúmque ſolidiſſimè vindicavit *Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn integr. diſput. de jur. deducendi duas quartas.* (a)

Neque dicas I. Nullibi in toto jure fieri mentionem duplicis hujus quartæ, unde erubeſcendum eſſe ſine lege loquenti. II. Cuilibet teſtatori permiſſum eſſe de dodrante ſuorum bonorum diſponere *l. 6. C. ad SC. Treb.* III. Omnia imputari in Trebellianicam, quæ imputantur in legitimam *l. 91. ff. ad L. Falc. juncta l. 30. C. de inoff. teſtam.* & ex conſequenti etiam illas invicem confuſas abſumi. IV. Non indulgeri, niſi deductionem unius quartæ ſcilicet legitimæ, utì deducitur *ex l. 21. §. 2. ff. de ann. leg. l. 41. §. 3. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. l. 24. C. fam. erciſc. l. 10. C. ad L. Falcid. nov. 1. c. 1. §. 1. & nov. 39. c. 1.* V. Parentes non teneri liberis plus relinquere, quàm legitimam. Nam reſpondetur ad *Primum*, ſufficere, quòd habeatur mentio tacita duplicis quartæ, quatenus textus ſupponunt, fuiſſe deductam legitimam, ut æs alienum ju-

(a) Nec non *in noviſſ. Editione operis ad tit. de teſtam. n. 137. & ſeqq.*

re naturali debitum, & tamen adhuc admittunt Trebellianicam, quæ non rarò nomine Falcidiæ effertur. *Ad ſecundum*, non negamus teſtatori diſpoſitionem in dodrante illius nimirum, quod remanet deducto ære alieno, adeóque deducta etiam legitima. Profectò in *d. l. 6.* ſupponi jam fuiſſe deductam legitimam ex eo evincitur, quòd ibidem ſermo ſit de fideicommiſſo poſt mortem fiduciarii reſtituendo. Quis autem credat fiduciarium (filium) usque ad tempus reſtitutionis, ſeu mortis diſtuliſſe deductionem legitimæ? *Ad tertium*, negatur, ùt ſimpliciter jacet, aſſertum. Nam contrarium patet ex *l. 14. ff. ad L. Aquil.* ubi dos non imputatur in Trebellianicam, benè verò in legitimam *l. 29. C. de inoff. teſtam.* Ratio eſt, quia filia dotem habet ùt filia, adeóque tanquam debitum. Veluti igitur præter dotem poteſt deducere Trebellianicam, ita etiam præter legitimam. Cæterùm quamvis illud regulariter verum ſit, ea, quæ imputantur in legitimam, etiam imputari in Trebellianicam, ſi ſeorſim ſpectentur, & ſecundùm ſe, non tamen ſequitur, quòd, ſi reſpectu ejusdem hæredis concurrant, una aliam conſumat, cùm percipiantur ex diverſis cauſis, ac titulis; Legitima ſcilicet tanquam debitum paternum, & naturale, Trebellianica verò ùt debitum in compenſationem reſtitutionis cuilibet hæredi deſtinatum. (a) *Ad quartum* redit prima reſponſio, non indulgeri ſcilicet explicitè, indulgeri verò tacitè: quam reſponſionem nullatenus enervant textus oppoſiti. Siquidem in caſu *l. 21. §. 2. ff. de ann. leg.* filius non fuit in legitima gravatus, quia præter Trebellianicam non tantùm menſtruos denos aureos, ſed etiam poſt 25. ætatis annum dimidiam partem acceperat, & inſuper teſtator novercæ reſtitutione gravatæ curam filii impoſuerat; conſequenter omnia bona mente diſpoſuerat. Unde malè argueres, menſtruos aureos &c. non potuiſſe haberi locô legitimæ, quæ debetur ſine onere, nam ſi poteſt exhæredatio bona mente fieri *l. 18. ff. de lib. & poſth. l. pen. §. 2. de cur. fur.* cur non & legitima eadem mente ſub certis conditionibus, vel annuatim relinqui. Si hæc explicatio non placet, dici poteſt, per quartam dodrantis, quam filius ſtatim deduxit, intelligi legitimam, reliqua verò, quæ poſtea acceperat, debuiſſe

(a) Senſus itaque eſt, quòd, ſicut in legitimam imputantur, quæ filius habet titulo ſive inſtitutionis, ſive particulari, dummodo ex voluntate defuncti; ita & in Trebellianicam; Non autem quòd, ſi filius ſit rogatus reſtituere hæreditatem, & legatum ſibi relictum imputaverit in legitimam, illud ipſum legatum etiam deceat imputare in Trebellianicam, cùm hæc ex aliis poſtea bonis ſit detrahenda. Minus obſtat, quòd quarta D. Pii excludat legitimam, ergo & legitima Trebellianicam, vel viciſſim. Nam diſparitas exinde elucet, quia quarta D. Pii eſt ſubſtituta in locum legitimæ *arg. l. 8. §. 15. ff. de inoff. teſt.* non item Trebellianica in locum legitimæ, aut viciſſim.

Digitized by Google

ſe imputari in Trebellianicam *arg. l. 91. ff. ad L. Falcid.* & *l. 22. §. 2. ff. ad SC. Treb. In l. 41. §. 3. ff. de vulg.* & *pup. ſub.* rurſus ſupponitur jam prius, videlicet ſtatim à morte ſubſtituentis, ſeu fideicommittentis fuiſſe deductam legitimam juxta mox dicta *in reſponſ. 2.* Id ipſum ſupponitur *in l. 24. C. fam. erciſc.* & *l. 10. C. ad L. Falc.* Accedit, quòd hic nihil habeatur de legitima non deducenda, ſed tantùm agatur de transmiſſione Trebellianicæ. Oppoſita *nov. 1. c. 1. §. 1.* noſtræ ſententiæ favet, dum expreſsè ſtatuit, ſi hæres intra annum voluntatem defuncti monitus non impleverit, amittere hæreditatem unacum Falcidia; niſi filius ſit, qui legitimam retinet: quapropter inferendum, ſi moram non contraxiſſet, utramque quartam & Legitimam & Falcidiam deducturum. Similiter *nov. 39. c. 1.* noſtram ſententiam confirmat. Cùm Juſtinianus in reſtitutione fideicommiſſi legitimam excipiat. Ibi: *Si quis de cætero reſtitutionem fecerit ſuarum rerum, primùm quidem ſervet filio legitimam.* Adeóque Legitima nullatenus continetur in fideicommiſſo, Trebellianica verò unicè deducitur ex bonis, quæ fideicommiſſo poſſunt ſubjici, ita, ut illa, quæ reſtitutioni non ſunt obnoxia, & quæ fiduciarius etiam alio hærede exiſtente habiturus eſſet (quò certè ſpectat legitima) debeant priùs deduci. vid. textus notabiles in *l. 68. ff. de leg. 2.* & *l. 62. pr. ff. ad SC. Trebell.* & pluribus *Laud. obſervandiſſ. D. P. Colleg. Böckhn cit. diſp. paſſim.* (a)

Objectum hujus SCti eſt partim hæreditas reſtitutioni obnoxia, 11
ſeù fideicommiſſum univerſale *§. 7. b.* partim ipſa quarta, quæ deducitur, & paſſim Trebellianica, quandoque etiam Falcidia, uti in *l. 11. ff. de leg. 1. l. 30. §. 7. ff. ad L. Falcid.* & *§. 3. Inſtit. quib. mod. teſtam. inf.* nuncupatur.

Forma conſiſtit in modo, quô hæc quarta deducitur; ut autem 12
modô legitimô deducatur, ſubducendum eſt I. æs alienum *l. 5. C. ad SC. Trebell.* & II. omnia ea imputanda, quæ hæres fiduciarius ex judicio, ſeu voluntate teſtatoris, ſive deinde titulo univerſali, ſeu hæreditario, ſive particulari, puta legati fideicommiſſi, aut conditionis implendæ causâ, conſecutus eſt. *vid. l. 91. ff. ad L. Falcid.* & *l. 22. §. 2. ff. ad SC. Trebell.* Hinc notabiliter ſecernitur à Falcidia, in quam tantùm im-

(a) Sanè intentio Imperatoris in hac *nov. 39. c. 1.* non fuit hanc quæſtionem decidere; ſed à prohibita antea alienatione rerum reſtitutioni obnoxiarum excepit dotem & donationem propter nuptias, in quarum favorem alienationem indulſit. Et hoc UNICUM (ita in verbis finalibus) *hujus legis capitulum.* Dixi: *in quarum favorem:* His quippe *nihil eſt hominibus utilius.*, ait Imperator ibid. in fin. princ. *tanquam ſolis facere homines valentibus.* Vult igitur Juſtinianus, ut dos, ſeu donatio propter nuptias non includatur in bonis reſtitutioni obnoxiis; Trebellianica econtra, uti diximus, deducitur ex bonis reſtitutioni obnoxiis.

putantur ea, quæ hæres habet titulô hæreditariô, & quà hæres. Sed non ſine diſparitatis ratione; nam hæres non poteſt transferre onera in legatarios, ſed illa omnia ſolus ſuſtinere cogitur. Econtra fiduciarius transfert pro rata onera in fideicommiſſarium; uti igitur in hoc melioris eſt conditionis, in alio debet eſſe deterioris, quòd debeat omnia imputare *D. D. Franz p. m. h. n. 5.* Aliam rationem ſubminiſtrat *Vinn. ad §. 5. h. num. 3.*

Interrogas, num etiam fructus à morte teſtatoris usque ad reſtitutionem percepti, debeant imputari? Imprimis à deſcendentibus primi gradûs, ſeu filiis non ſunt (licèt teſtator rogaverit, vel juſſerit) imputandi, ſed ex ipſis rebus hæreditariis dodrans reſtituendus *l. 6. pr. & §. fin. C. ad SC. Trebell.* quod procedit, ſive filii rogati ſint reſtituere aliis filiis (ſeu reſpectivè fratribus) ſive extraneis, ne extranei melioris ſint conditionis, quàm filii, quibus hæreditas foret reſtituenda. *Facbin. controv. lib. 5. c. 10.* Videri quidem poterit cuidam hæc ſententia ex eo ſuſpecta, quòd filius deducens juxta noſtram ſententiam duplicem quartam, Trebellianicam deducat ùt extraneus *d. c. 18. de teſtam.* atqui extraneus debet fructus imputare: Sed negandum eſt, filium in ordine ad Trebellianicam ſe habere præcisè ùt extraneum: Neque hoc habetur in textu, ſed tantùm deducitur argumentum ab extraneo ad filium, tanquam à minori ad majus, ibi: *nec non quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus reſtitutione gravatus deducere potuiſſet. laud. Author. ibid. c. 9.* Ab extraneo tunc demum imputantur, ſi illos ex judicio, ſeu diſpoſitione teſtatoris perceperit, fortè, quia fuit rogatus ſub conditione, vel ex certo die reſtituere, ſecùs verò, ſi eos perceperit citra voluntatem fideicommittentis, ex mora videlicet, ſeu negligentia petentis *l. 22. §. 2. ff. ad SC. Treb.* (a)

13 Effectus hujus SCti conſiſtit in facultate deducendi quartam, ſi fiduciarius ſit ultra dodrantem gravatus, diviſis pro rata inter hunc, & fideicommiſſarium oneribus, quod de ære alieno certum eſt. vid. tamen *Titius in Theſ. jur. h. n. 32.* Ad legata verò fiduciarius nec pro rata aliter tenetur, quam in quantum ipſi ultra quartam, quàm ſalvam habere debet, remanet. *vid. l. 1. §. pen. & ult. l. 3. §. 2. ff. d. t. Voët. ibid. numer. 60.* & ita intelligenda eſt *l. 2. C. d. t. Hub. hic num. 8. in fin.* Si à Trebelliano hæres vult abſtinere, poteſt omnia onera in fideicommiſſarium

(a) Et hic erit caſus, de quo ſuperiùs *num. 5. verſ. nec enim obligatio &c.* fuit facta mentio, ubi nimirum fructus, quamvis non ſint reſtitutioni obnoxii, debeant in Trebellianicam imputari *l. 18. pr. & §. 1. ff. h. t.* Eſto quandoque excedentes quartam Trebellianicam, debeant reſtitui, puta ſi à fiduciario mora ſit commiſſa, vel reſtituere fuerit rogatus. Ex ibid. dictis.

Digitized by Google

rium unacum hæreditate transferre *§. 7. b.* Idem dicendum, ſi eidem (fiduciario) ſit relicta res particularis quartam conficiens, quâ ſine onere retentâ reliqua omnia in fideicommiſſarium transeunt *§. 9. b.* & dilucidè, ac breviter *Marcianus in l. 3. §. 3. ff. ad SC. Treb.*

Contraria ſunt modi, quibus SCtum ceſſat. Ceſſat autem I. ſi fiduciarius ex errore (juris, non facti *l. 9. §. ult. ff. l. 10. C. de jur. & fact. ignor.*) totam hæreditatem, non deducta quarta, reſtituat *l. 9. C. ad L. Falcid.* II. Si eidem renuntiaverit. *arg. l. pen. C. de pact.* III. Si coactus hæreditatem adiverit, adeò, ut neque pœnitendô poſſit quartam ſibi ſalvam facere *l. 14. §. 4. ff. ad SC. Treb.* quia hæreditatem ſemel arguendô ſuſpectam defuncto jam injuriam intulit. IV. In militari teſtamento *arg. l. 3. §. 1. ff. d. t. Hub. ff. d. t. n. 19. verſ. rurſus bis caſibus.* Neque turbat *l. 1. §. 6. ff. eod.* ibi: *in filii quoque famil. judicio, qui de caſtrenſi peculio, vel quaſi caſtrenſi teſtari poteſt SCTUM LOCUM HABET. D. D. Franz b. n. 4.* Nam rurſus SCtum Trebellianum hic ſecundùm ſuam originem ſumendum eſt; ſcilicet pro facultate transferendi hæreditatem cum omnibus oneribus. Vel intellige, ſi non quà miles, ſed jure communi teſtatus ſit. 14

Dubitatur, num Trebellianica poſſit à teſtatore prohiberi. Affirmat *Hub. ff. b. n. 18.* argumentô deductô à Falcidia, quæ ex *dicto tit. priori* jure noviſſimo poteſt prohiberi *nov. 1. c. 2. §. ult.* Verùm, cùm ab hac ad Trebellianicam non fiat bona illatio, præſertim, ſi adſit ratio ſufficientis diſparitatis, uti hic, quatenus fiduciarius poteſt cogi ad adeundam hæreditatem, non item hæres à legatariis, & aliunde in materia juris correctoria, adeóque odioſa, non facilè admittatur extenſio, præplacet negativa, quàm poſt alios defendit *Facbin. 5. cont. c. 4.* Uti igitur olim non poterat prohiberi *l. 11. C. ad. L. Falcid.* ita neque hodie, cùm jus vetus nullibi ſit immutatum.

Ambigitur etiam, utrùm ceſſet, ſi fiduciarius inventarium omiſerit. Sunt rurſus, quibus arridet Affirmativa: paritate ſimiliter à Falcidia deducta ex *d. nov. 1. c. 2. §. 2.* At paritas denuò claudicat, tum ob datum mox inter unam & alteram diſcrimen: tum, quia, quamvis aliàs non rarò nomine Falcidiæ intelligatur Trebellianica, uti in *l. 11. ff. de leg. 1. l. 30. §. 7. ff. de L. Falcid. §. 3. quib. mod. teſt. infir.* adeò, ut iisdem modis ceſſet Trebellianica, quibus Falcidia, hoc tamen ferendum non eſt in materia odioſa, quæ, quantum fieri poteſt, debet reſtringi. Quemadmodùm itaque indubitati juris eſt, nomine Falcidiæ ſtrictè ſumptæ non venire Trebellianicam, impræſentiarum verò debere Falcidiam in *d. nov. &c.* ſtrictè ſumi, ex eo pariformiter conſtat, cùm ſit materia correctoria, ita pronô alveô ſequitur, ſub Falcidia hic non comprehendi Trebellianicam. Neque movet, quòd utrobique militet ratio contem-

Digitized by Google

pti inventarii, doliſque præſumpti, vi cujus hæres argüitur, occultâſſe bona defuncti, nam dolus præſumptus, qui reverà ſæpè fallit, non eſt ſufficiens ad extendendas leges, quæ non præſumptivè, ſed verè puniunt. (a) Satis eſto de hoc SCto, cujus hodie rarior eſt uſus, quis enim, ait Hub. *h. num. 6.* teſtatores hodie audit ita loquentes: *Titius hæres eſto; rogo te, ut hæreditatem mox Cajo reſtituas?* Invaluêre moribus noſtris fideicommiſſa, quæ ad dies vitæ retinentur. Hinc fructus interim percepti in locum Trebellianæ ſubintrant. *l. 18. §. 1. ff. ad SC. Treb.*

TI-

(a) Firmabitur noſtra ſententia ſolido diſcrimine inter Falcidiam, & Trebellianicam. Ratio, cur prohibita fuerit in caſum non confecti inventarii Falcidia, in eo ſita eſt, quia legata, vel in certis rebus, vel in definita quantitate relinquuntur, quæ, ſi hæres neget, præſtari poſſe, ſuſpicioni jam ſe obnoxium facit, aliqua detraxiſſe, ut fiat locus Falcidiæ, fortè aliàs non competituræ, cùm in deſignatione rerum particularium non præſumatur teſtator erráſſe; atque hæredem ultra dodrantem graváſſe; hinc hæredi incumbit probatio; fideicommiſſum econtra (intellige univerſale) conſiſtit in rebus indeterminatis, ſeu quadam univerſitate bonorum, ita, ut hæres fiduciarius ultra vires hæreditarias nunquam poſſit gravari, ſempérque illi competat Trebellianica; conſequenter non ſubeſt tama ſuſpicionis occaſio; ſiquidem ultra ipſum aſſem, quem accepit, onerari nequit; illud autem, deducta ſua Trebellianica, translatis in fideicommiſſarium oneribus, reſtituit. Inde etiam eſt, quod totus textus *nov. 1. c. 2.* uti ſedulo legenti patebit, ſolùm de legatis & fideicommiſſis particularibus conceptus ſit. Nec enim Trebellianica (uti non rarò in Falcidia contingere præſumitur *d. nov. c. 2. in pr.*) tunc demum inducitur, ſi bona ſubtracta ſint, cùm ſempes & palam competat. Ergo, ſubinfers, fiduciarii negligentia manebit impunita? Minimè! ſed in litem contra illum jurabitur. *arg. l. 7. ff. de adminiſtr. & per. tut.* juncta *l. 22. §. 3. ff. ad SC Treb.* His demum accedit, quòd hæres inventarium negligens non pro omni caſu Falcidiam amittat, ſed tunc primùm, ſi legata in ea quantitate, in qua relicta ſunt, præſtare recuſet: Fiduciarius econtra univerſaliter gravatus præſtationem fideicommiſſi ex hoc capite recuſare nequit, cùm ultra patrimonii defuncti vires gravari nequeat; hinc deficiunt termini ad hanc pœnam habiles. Utique, replicabis, etiam fiduciarius poterit bona occultare? Poterit equidem; ſed non eo animo, ut poſſit deducere Trebellianicam, fortè aliàs non competentem, cùm hæc ex reſtitutione hæreditatis, ſeu quotæ hæreditariæ ſtatim appareat, ita, ut in illa vix poſſit intervenire aliqua defraudatio. Hinc nihil obeſt, quod in *d. nov. 1. c. 1.* etiam fiat mentio fideicommiſſariorum univerſalium: *Et in c. 2. §. 2.* dicatur debere hæredem, complere etiam *fideicommiſſarios*: Ac denique, quòd ubi ceſſat Falcidia, etiam ceſſet Trebellianica. *l. 3. §. 1. ff. h.* Nam in *c. 1. cit. nov.* longè quid aliud deciditur. In *c. 2. §. 2.* tantùm intelliguntur fideicommiſſarii particulares, utpote legatariis æquiparati. Quòd autem, ubi ceſſat Falcidia, etiam ceſſet Trebellianica, tunc demum obtinet, ſi utrinque militet eadem ratio. Reliqua in contrarium adducibilia ex dictis, ſuffragante Minerva, reſolvi poſſunt. vid. deſuper *Clariſſ. ac Conſultiſſ. D. Colleg. de Schlosg. cit. ſæpiùs tr. c. 1. §. 2. n. 25. pag. 109.* ubi ſolidiſſimè, ut ſolet, de hac quæſtione diſcurrit.

Digitized by Google

TITULUS XXIV.

De ſingulis rebus per Fideicommiſſum relictis.

SUperiori Titulô diviſimus fideicommiſſa in univerſalia, & particularia: de illis ibidem actum eſt: de his hac in parte agendum foret, niſi aliunde conſtaret, fuiſſe hæc in omnibus, & per omnia Legatis æquiparata. *§. 3. Inſt. de leg.* ibi Juſtinianus: *Neceſſarium eſſe duximus omnia Legata fideicommiſſis* (ſcilicet particularibus) *exæquare, ut nulla ſit inter ea differentia.* Debetur itaque iſta exæquatio Juſtiniano. *l. 2. C. com. de leg.* hinc id, quod legimus apud Ulpianum in *l. 1. ff. de leg. 1.* ibi: *per omnia exæquata ſunt Legata fideicommiſſis*, non poteſt non eſſe interpolatio Triboniani, qui poteſtate addendi, ac detrahendi in *l. 1. C. de V. J. E.* ſibi conceſſa, non rarò uſus fuit. Cæterùm variæ erant differentiæ, & quidem I. in Legatis opus erat certa verborum ſolemnitate, v. g. *do: lego: capito: ſumito: hæres meus damnas eſto, dare &c.* quæ verba idcirco dicebantur civilia, & legitima. *l. 7. ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. ult. C. de teſtam.* II. Legatum relinqui non poterat, niſi in teſtamento, vel Codicillis teſtamentô confirmatis. *§. 10. Inſt. de fideicom. hæred.* nec etiam III. ante hæredis inſtitutionem, aut poſt mortem hæredis. Nec IV. à Legatario, ſeu Fideicommiſſario, ſed à ſolo hærede. *§. 34. & ſeq. de leg.* Neque V. facilè in ambiguis admittebantur conjecturæ, aut quæſtiones voluntatis. *l. 25. §. 1. ff. de leg. 3.* quæ omnia in fideicommiſſis non obtinebant, utpote in quibus voluntas potiùs, quàm verba ſpectabantur, ut indicat Ulpianus in *frag. tit. 25.* & colligitur tum ex *l. 11. pr. & l. 21. ff. de leg. 3.* tum ex *l. 16. C. de fideicom.* addantur Ulpianus *l. cit. & Cajus lib. 2. tit. 7.* 1

Quamvis autem omnes ejuſmodi differentiæ ſublatæ ſint, ita, ut quidquid æquius eſt in fideicommiſſis, illud etiam participent Legata, adeóque quibûſcunque verbis, imò & nutu, & à quocunque relinqui poſſint, & viciſſim quidquid pinguius eſt in Legatis, communicandum ſit etiam fideicommiſſis, ita, ut non tantùm extraordinaria perſecutio, ſed eædem actiones, quæ in Legatis, competant. *l. 1. & 2. C. com. de leg.* Nihilominus remanſit adhuc eſſentialis differentia in modo relinquendi, nimirum, quòd Legata verbis directis, fideicommiſſa verò (etiam particularia) obliquis relinquantur: quapropter relicta verbis directis malè diceres *Fideicommiſſa*, & relicta verbis obliquis pejùs nuncupares *Lega-* 2

ga-

gata. Exinde quædam ulterior differentia fluere videtur, quòd Legatum ſine 5. teſtibus relinqui non poſſit, benè verò fideicommiſſum, à teſtatore nimirum juxta diſpoſitionem *l. ult. C. de fideicommiſſ.* fiduciario injunctum *Hub. h. num. 3.* In effectu autem vix alia ſupererit differentia, quàm in libertate ſervo relicta, cui enim libertas directè relicta eſt, fit immediatè liber ex teſtamento, adeóque libertus *Orcinus* dicitur, quaſi patronum in orco habens, ſeu Charonites, ac ſi ejus manumiſſor cymba Charontis ſit transvectus. At quibus per fideicommiſſum, ſeu indirectè relinquitur libertas, hi debent ab hærede rogatu teſtatoris manumitti, fiúntque liberti ipſius hæredis manumittentis. *§. 2. h. l. 7. C. de fideicom. lib.* Et quamvis ab iis operas exigere non poſſit, habet tamen jus ſuccedendi ab inteſtato, petendíque bonorum poſſeſſionem contra tab. *l. 29. ff. de bon. libert.*

TITULUS XXV.

De Codicillis.

QUemadmodum fideicommiſſa eludendis legibus fuerunt inventa, ità ad ſcrupuloſas ſubtilitates declinandas Codicillorum uſus receptus eſt; equidem non raró eveniebat, ut morientibus non ſuperforet vel tempus, vel occaſio adhibendi ſolemnia ad teſtamentum requiſita; interim tamen durum videbatur, eos toties deſtitui facultate diſponendi: hinc ratio reperta eſt, ut ſalva juris teſtamentarii ſubtilitate deſiderio ægrotantium, ac peregrè degentium ſatisfieret. (a) Codicillis autem recipiendis, ac firmandis occaſionem dedit Lucius Lentulus, ex cujus perſona etiam fideicommiſſa robur acceperunt, nam, cùm decederet in Africa, ſcripſit Codicillos teſtamento confirmatos, quibus ab Auguſto petiit per fideicommiſſum, ut faceret aliquid, & cùm D. Auguſtus voluntatem ejus implêſſet, deinceps reliqui ejus authoritatem ſecuti, fideicommiſſa præſtabant, ac filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, ſolvit. *vid. princ. Inſt. h.*

Sunt

(a) Fiebant olim Codicilli per Epiſtolas ad hæredes miſſas, quibus teſtator ſignificabat, quid poſt mortem ſuam fieri vellet; hinc non raró Epiſtolæ dicuntur, ceu patet ex *l. 89. ff. de legat. 2. l. 41. §. 2 ff de leg 3* Formulæ videri poſſunt *in l. 56. ff. de fideicommiſſ. libert. l. 37. §. 3 ff. de leg. 3 l. 75. ff. de leg. 2.* Debebant tamen teſtamento confirmari; hinc nulla propria ſolennitate indigebant. *arg. l 89. pr. ff. de legat. 2.* quo etiam multi referri volunt *§. 3. h.* Sane in Pandectis nulla teſtium fit mentio. Succeſſu temporis invaluère Codicilli nuncupativi *l. 3. pr. C. de bon libert.* Idcircò etiam opus fuit teſtibus. *l. 1. C Theod. de teſtam. & Codic.* vid. *l. ult. §. fin. C. h t.* quem §. tamen non à Theodoſio emanaſſe, ſed à Triboniano aſſutum volunt, idque patere, ajunt, ex *l. 7. C. Theod. de teſtam. & codicill.*

Sunt autem Codicilli à Codice nuncupati, *Actus ultimæ voluntatis minùs ſolemnis de iis, quæ quis poſt mortem ſuam fieri vult, ſecluſa directa hæredis inſtitutione, vel exhæredatione.* Ex his prima fronte cernitur differentia inter Codicillos, & teſtamenta, dum in illis hæreditas neque dari, neque adimi directè poteſt *§. 2. h.* in his econtra hæredis inſtitutio eſt indiſpenſabiliter requiſita, ex dictis ſuprà *tit. 10. n. 5.* 2

Alii ſunt Scripti, alii Nuncupativi: *Illi* ſcripturâ: *Iſti* viva voce perficiuntur, licèt enim primitùs ſcripti tantùm (ita nominis argumento indicante) obtinuerint, auctô tamen, ut fit, eorum uſu, declarationem quoque non ſcriptam legum ſolemnibûs ſolvi placuit. *l. ult. §. ult. C. h. t.*

Alii ſunt rurſus Teſtamentarii, alii ab Inteſtato: *Illi* dicuntur, quando defunctus etiam teſtamentum reliquit, & ab eo firmantur, ſive dein ante, ſive poſt teſtamentum ſint conditi *§. 1. h. l. 5. ff. eod.* *Iſti*, qui teſtamento non firmantur, ſeu quando teſtator teſtamentum non condidit, ſed tantùm Codicillos, quibus de fideicommiſſis, vel legatis diſponit, reliquit.

Cauſa efficiens *remota* eſt D. Auguſtus, qui adhibitô priùs prudentùm conſiliô uſum Codicillorum tanquam utiliſſimum, & ob magnas, longáſque peregrinationes neceſſarium, confirmavit. *Proxima* eſt codicillans: poteſt autem Codicillos facere omnis & ſólus ille, qui de jure teſtari *l. 6. §. 3. l. 8. §. 2. ff. h. t.* Dixi *de jure:* ſi enim tantùm de facto hic & nunc teſtamentum facere ſit impeditus, fortè quia deficit legitimus teſtium numerus, vel tempus adhibendi omnes ſolemnitates, poterit nihilominùs facere Codicillos. *arg. cit. princ. Inſt. h. Hopp. ibid.* Illud hic notâ dignum videtur, quòd Codicilli quandoque effectum ſortiantur, eſto tempore, quô facti ſunt, codicillans jus faciendi nôn habuerit: puta, ſi quis poſt legitimè conditum teſtamentum ſe arrogandum dederit, & ut filiusfam. Codicillos fecerit, poſtea emancipatus decedat: hoc caſu, ſicut teſtamentum reaſſumit vires, ita & Codicilli, quamvis fecerit tempore, quô erat incapax *l. 8. §. 3. ff. h. t.* ſimile exemplum habetur in *l. 12. §. 5. ff. de capt. & poſtlim. rev.* quod tamen in teſtamentis non procedit. *l. 1. §. 1. & 5. ff. de leg. 3. Voët. h. t. num. 2.* Cæterùm non tantùm unum, ſed etiam plures Codicillos facere permiſſum eſt. *§. fin. d. t. l. 6. §. 1. ff. eod.* nam in Codicillis non diſponitur, uti in teſtamento, de omnibus bonis, ſed ſolummodò de rebus particularibus. 3

Subjectum ſunt illi, quibus per Codicillos aliquid relinquitur: relinqui iiſdem poteſt in Codicillis, qui ex teſtamento capere valent. *arg. l. 14. pr. ff. h. t.* ita, ut ſicut ſe habet hæres in teſtamento, ita ſe habeant Fideicommiſſarii, aut (ſaltem hodie *arg. §. 3. Inſt. de leg.*) Legatarii in 4

Digitized by Google

Codicillis non tantùm teſtamentô confirmatis, ſed etiam ab inteſtato talibus, & ſimiliter, ſicuti in teſtamento relinquitur hæreditas, ita in Codicillis relinquuntur fideicommiſſa, & Legata, quæ eorum *Objectum* conſtituunt. *§. 10. de fideicom. hæred. arg. l. 2. & 4. C. h. t.* Dixi *fideicommiſſa & Legata*: ſiquidem hæreditas in Codicillis directè nec dari, nec adimi poteſt. *l. 2. C. h. t.* Ne teſtamentorum, ac Codicillorum jura confundantur. *§. 2. h.* & ne per Codicillos, qui viribus teſtamenti (ſi eorum originem ſpectes) unicè ſuſtinebantur, ipſum teſtamentum, quod ab hæredis inſtitutione ſubſtantiam capit, confirmari videretur. *l. 10. ff. h.* unde colliges, tam inſtitutionem, & exhæredationem, quàm ſubſtitutionem Codicillis factam nullius eſſe momenti. *d §. 2. h. l. 6. ff. eod.* Excipe ſubſtitutionem pupillarem, quæ Codicillis facta in fideicommiſſum, benigna interpretatione, flectitur. *l. 76. ff. ad SC. Trebell. Thomas ad Hub. h. n. 2.* exiſtimat, hoc verificari de omni ſubſtitutione. Colliges ulteriùs, nec poſſe conditionem teſtamento adjectam in Codicillis adimi, neque inſtitutioni in teſtamento purè factæ in Codicillis apponi, quia priori caſu daretur Codicillis hæreditas, in altero verò, conditione deficiente, adimeretur: ſanè, uti hæreditas indirectè ſaltem, ſeu per modum fideicommiſſi effectum ſortitur *d. §. 2. l. 2. C. eod. Vinn. ibid. n. 2.* ita declarationem hæredis in teſtamento ritè, ſed abſque nomine inſtituti fieri poſſe, ac recto jure ſubſiſtere, probat *JC. in l. 72. ff. de hæred. inſt. & l. 10. C. de condit. inſtit. Voët. ff. d. t. n. 3.*

5 — Forma Codicillorum ab inteſtato (Teſtamentarii enim propriam formam non habent, ſed ſuſtinentur viribûs teſtamenti *l. 3. §. ult. l. 16. in fin. ff. h. t.*) conſiſtit in eo, ut unico actu continuo adhibitis quinque teſtibûs (in Codicillo cæci probabiliùs ſex *arg. l. 8. C. qui teſtament. fac. poſſ.*) perficiatur. *l. ult. §. ult. C. h. t.* licèt enim in *§. fin. Inſt. h.* dicatur, Codicillos nullam ordinationis ſolemnitatem deſiderare; hoc intelligendum eſt vel de Codicillis teſtamentô firmatis, vel de ordinatione ita ſolemni, ac perfecta, quæ neceſſaria eſt in teſtamentis, adeóque de ſolemnitate reſpectivè tali. *Vinn.* exiſtimat textum hunc eſſe deſumtum ex jure veteri, quod ante Theodoſium viguit, & fortè ex *l. 6. §. 1. ff. h.* adeóque intelligendum ante *d. l. ult. §. ult. C. d. t.* Cæterùm teſtes eſſe poſſunt, qui aliàs teſtimonium dicere non prohibentur: inde meritò

Interrogas, num fœmina poſſit hìc teſtem agere? Non adeſt ſufficiens ratio negandi, ſiquidem dicere teſtimonium, eſt edicti prohibitorii, quod omnibus permittit, quibus non prohibet. *l. 1. §. 1. ff. de teſtib. arg. c. 23. de ſponſ.* nullibi autem in jure legitur, fœminam non poſſe in Codicillis teſtem agere. Nec obſtat paritas à teſtamentis adduci ſoli-

Digitized by Google

ſolita, quia ibi expreſsè excluditur, non item hic: Neque etiam deeſt ratio diſparitatis, ſiquidem olim teſtamenta non fiebant, niſi calatis Comitiis; per æs, & libram; & in procinctu: jam fœmina ad nullum horum actuum fuit admiſſa, adeóque à teſtimonio in teſtamentis dicendo ſemper manſit excluſa; quod de Codicillis, quorum ſemper alius fuit uſus, dici non poteſt. Dices cum Vinnio *ad §. ult. h.n. ult.* Tantùm numerus teſtium, non eorum qualitas remiſſa eſt à Theodoſio *in d.l.ult. §.ult. C.h.t.* Verùm invertimus argumentum in noſtrum favorem: omnis ſolemnitas in Codicillis remiſſa eſt, quæ aliàs in teſtamentis requiritur. *d. §.ult. Inſt. h.* ergo etiam ſolemnitas ſexûs, cùm Theodoſius non plus exigat, quàm quinque teſtes. Si dicas ulteriùs, fœminas apud veteres non fuiſſe admiſſas ad actus ſolemnes, reſpondemus hoc verificari, in quantum eſt expreſſum, non ultra. Aliud dicendum de legatariis, & Fideicommiſſariis: etenim, veluti hæres non poteſt eſſe teſtis in teſtamento, quia negotium principaliter inter illum, & teſtatorem geritur. *§. 10. de teſtam. ord.* ita neque Legatarii, & Fideicommiſſarii admitti poſſunt in Codicillis, quia cùm hæres deficiat, totum negotium inter illos, & codicillantem vertitur.

Effectus proximus Codicillorum eſt, quòd inibi relicta ſubſiſtant, 6 ſicut, ſi teſtamento eſſent relicta. *l. 2. §. 2. ff. h.t.* intellige in iis, quæ juris, non quæ facti ſunt; in his enim attenditur tempus, quô facti ſunt Codicilli. Hinc ſi in Codicillis quis veſtem legaret, intelligitur illa, quam habuit tempore Codicillorum, non teſtamenti. *l. 7. §. 1. ff. eod.* Effectus remotus ſtat in remediis, quibus in Codicillis relicta perſequimur. Competunt autem eadem remedia, ſeu eædem actiones (utiles) quæ in teſtamento accommodantur. Nam ſicuti hæres teſtamentarius adeundo hæreditatem ex quaſi contractu obſtringitur Legatariis, & fideicommiſſariis, ita etiam hæres ab inteſtato Revideantur dicta ſuperiùs *tit. 20. num. 11.* Similiter de *Contrariis* dicendum. Sicut enim teſtamentum contraria voluntate rumpitur, ita & Codicilli, dummodo legaliter ſit manifeſtata. *arg. l. 3. C. h. t. & princ. Inſt. de adempt. leg.*

Ex hactenus dictis percepiſti utique, quomodò Codicilli differant 7 à teſtamentis: nam I. in Codicillis nulla obtinet directa hæredis inſtitutio, vel ſubſtitutio. II in his ſufficiunt quinque teſtes, qui III. non debent eſſe rogati, nec IV. Codicillos ſubſignare; neque V. eſſe maſculi. Non tamen VI. admittuntur Legatarii: poteſt quis VII. cum pluribus Codicillis decedere: quæ omnia ex textibus in decurſu adductis eluceſcunt, & ſimul patet ex dictis, ſingula aliter ſe habere in teſtamentis. *Ludov. in theſ. Jur. h. n. 13.*

8 Notatu digniſſima eſt hic undique deprædicata, & in teſtamentis uſitatiſſima Clauſula Codicillaris, vi cujus teſtator declarat, ſe velle ſuum teſtamentum valere omni meliori modo, quo de jure valere poteſt *l. 3. ff. de teſtam. milit. l. 29. §. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Eſt tamen exprimenda; nec enim de jure præſumitur, cùm non ſemper, qui vult teſtari, vult etiam Codicillum facere. *l. 1. ff. b. t. l. 14. C. de teſtam. arg. l. fin. §. 1. C. b.* jungatur textus elegans in *l. pen. §. ult. ff. de leg. 2.* (a) Solet hæc clauſula à Notariis diverſimodè efferri. Modus breviſſimus erit, ſi dicatur: *Si hoc meum teſtamentum jure teſtamenti valere non poſſit, valeat in vim Codicilli, vel omni meliori modo, quo de jure valere poteſt.* Woſern gegenwärtig-letzter Willen, als ein zierliches Teſtament nicht gelten konte, oder ſolte, ſo ſolle diſer, als ein Codicill, oder wie es von Rechts wegen immer beſtehen kan, gelten, und vollzogen werden.

9 Effectus hujus clauſulæ ſunt inſignes, & quidem I. quòd teſtamentum ob defectum ſolemnitatum invalidum flectet in Codicillum, vel faciat valere in vim fideicommiſſi, ita, ut hæres ab inteſtato cenſeatur rogatus, ut, retentâ Trebellianicâ, reliqua reſtituat hæredi teſtamentario. *vid. d. l. 29. §. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ. d. l. ult. §. 1. C. de Codicill.* II. quòd etiam Legata, & fideicommiſſa in tali teſtamento relicta debeantur. III. quòd probabiliter ſanet vitium, tum exhæredationis, tum præteritionis, ita, ut ſi cauſa exhæredationis non ſubfuerit, adeóque fuerit falſa, cenſeatur filius rogatus, ut retentâ Trebellianicâ (ſuppoſitô, quòd antea legitimam deduxerit) reliqua reſtituat hæredi ſcripto. *arg. d. l. 29. §. 1. ff qui teſtam. fac. poſſ. Stryck. de clauſ. Codic.* (eſt inter Diſſ. Francof. vol. 1.) *num. 80. & 81. num. 90. & 91.* Ratio dari ſolet, quia teſtator cenſetur filium tacitè rogare, ut teſtamentô reſciſsô, adeóque ſuccedens ab inteſtato hæreditatem, retentâ Trebellianicâ, hæredi ſcripto reſtituat. Hanc ſententiam nihilominus difficilem reddit deciſio Scævolæ Paulum allegantis *in l. 13. ff. de inoff. teſtam.* ubi caſu, quo ſoror præterita, ſeu exhæredata (quod hic idem eſt) contra ſororem à matre inſtitutam obtinuit nihil ex tali teſtamento, quaſi à demente confecto deberi dicitur, eſto mater juſſerit, ut legata etiam non jure data ab hæredibus ab inteſtato præſtarentur, uſáque fuerit verbis fideicommiſſariis, ibi: *ea omnia, quæ ſupra dari, fieri juſſi, ea dari, fieri volo ab omni hærede, bonorúmque poſſeſſore, qui mihi erit etiam jure ab inteſtato. Item, quæ dari juſſero ea,*

(a) Cave tamen, ne huic textui nimium fidas, ac ſi nimirum omnes ſolemnitates contra *l. 55. ff. de leg. 1.* eſſent ſublatæ; adeóque ſupponendum, adfuiſſe ſaltem ſolemnitates ad Codicillos, ſeu fideicommiſſum requiſitas: Hoc præcipuè Scævola indicare voluit, valere teſtamentum ſine JCto, ſine formulis aliàs uſitatis; de quibus Briſſon. *de Formulis l. 7.*

ea, uti dentur, fiántque, fidei ejus committo: paulò poſt: *Probat autem nec fideicommiſſa ab inteſtato data deberi, quaſi à demente.* Idem notat Claudius apud eundem Scævolam in *l.36.ff.de leg.3.* ibi: *Nec fideicommiſſa ab inteſtato data debentur ab eo, cujus de inofficioſo teſtamento conſtituiſſet, quia crederetur, quaſi furioſus teſtamentum facere non potuiſſe, ideóque nec aliud quid pertinens ad ſuprema ejus judicia valet.* Reſpondebis equidem, hos textus vagari hodie extra oleas, poſtquam ratio, ſeu præſumptio dementiæ ſublata eſt in *nov. 115. c. 3.* ubi legata, & fideicommiſſa in caſu injuſtæ exhæredationis, vel præteritionis ſuſtinentur, quod fieri non poſſet, ſi exhæredatio à demente facta cenſeretur. Verùm hæc reſponſio difficultatem non tollit, quia *Nov.* tantùm ſuſtinet acceſſoria, non autem dicit, quòd inſtitutio, utpote de ſubſtantia teſtamenti, flectatur in fideicommiſſum, alia autem eſt ratio de inſtitutione, in qua teſtator peccavit, & alia de legatis, & fideicommiſſis, in quibus non peccavit, aut contra juris diſpoſitionem egit. Ita *Fachin. lib. 4. contr. c. 11.* Id quod in præteritione, præſertim paterna vel maximè verificatur, cùm ibi planè formam, ſeu præcepta juris filium prætereundô neglexerit.

Nec officit Fachineo *cit. l. 29. §. 1. ff. qui teſt. fac. poſſ.* vel ratio ſubjuncta, quia hic clauſula codicillaris, utpote quaſi à demente adjecta, nihil operari poteſt. (a) Cæterùm quantumvis clauſula iſta admodùm

 ſit

(a) Sententia Fachin. exinde etiam firmabitur, quòd (1.) cùm clauſula codicillaris rariſſimè omittatur, omnia juris capita de hærede ſuo inſtituendo, vel exhæredando, aut rumpendo per agnationem teſtamento uno halitu evaneſcerent, ſi filius, quem jura titulo inſtitutionis honorari voluerunt, hæreditatem ſcriptis hæredibus reſtituere cogeretur; imò legitima quocunque demum titulo; uti olim, poſſet etiam filio prætérito relinqui; quòd (2.) ipſa inſtitutio in codicillis facta nullius ſit roboris, nullóque modo flectatur in fideicommiſſum *l. 6. pr. ff. de jur. codic.* ergò multò minùs vi clauſulæ codicillaris, quæ tantùm ex benignitate recepta eſt. Quòd (3.) teſtamentum per codicillos (contra *l. 10. ff. d. t. & §. 2. Inſt. eod.*) confirmaretur & horum jura confunderentur. Imò quòd (4.) ingens præjudicium (rurſus contra expreſſam deciſionem *in nov. 115. c. 3. ad fin.*) inferetur liberis præteritis, aut injuſtè exhæredatis. At neque opinioni contrariæ deſunt fundamenta, & quidem (1.) enixa voluntas defuncti, qui vult, ut, ſi ſua voluntas non valeat in vim teſtamenti, ſaltem valere debeat in vim codicilli, ſeu fideicommiſſi; Jam potuiſſet utique & fideicommiſſum facere? Conſtat (2.) *ex l. 2. §. fin. de jur. codic.* quòd, eſto hæreditas in teſtamento inutiliter data ùt hæreditas peti nequeat, poſſit tamen peti ex fideicommiſſo. Accedit (3.) quòd, ſi conſtet, teſtatorem voluiſſe facere codicillos, directa hæredis inſtitutio ibidem facta flectatur in fideicommiſſum *l. 13. §. 1. ff. eod. l. 76. ff. ad SC. Trebell.* Jungatur (4.) *l. 12, in fin. ff. de injuſt. rupt. & l. 14. C. de fideicommiſſ.* Verùm reſpondebit Fachin. vel hos textus eſſe intelligendos, ubi tantùm adeſt defectus ſolemnitatum extrinſecus; vel eſſe caſus ſpeciales, in quibus tamen non eſt erratum in teſtamenti ſubſtantia intrinſeca. Profectò, ſi licet fateri, quod ſentio, abſtrahendo à praxi, quam (ſive jure, ſive erroneè, non vacat diſcutere)

Digitized by Google

ſit ſalutaris, non tamen ſanat, I. inhabilitatem teſtantis, ſi fortè teſtamentum facere de jure non potuerit. Nec II. defectum voluntatis, cùm voluntas perfecta etiam ad Codicillos ſit neceſſaria. *l. 11. §. 1. ff. de leg. 3.* ùt pluribus probat *Laud. Stryck. ubi ſuprà n. 98. & ſeqq.* III. non ſanat teſtamentum inofficioſum fratris contra *l. 27. C. de inoff. teſtam.* perſonam turpem inſtituentis, ùt vult *cit. Author ibid. num. 101.* quod haud dubiè procedit, ſi perſona illa turpis ſit inſtitutionis paſſivæ incapax, quia ſicut clauſula non ſanat defectum in teſtatore, ita nec ſanabit in hærede. Nihil operatur IV. ſi non adſint requiſita ad Codicillos, vel ad ſubſtantiam teſtamenti, v. g. ſi non fuerint adhibiti quinque teſtes, vel ſi planè omiſſa ſit hæredis inſtitutio tanquam anima, & baſis omnium teſtamentorum, uti rurſùs deducit *prælaud. Stryck. l. cit. num. 109.* quem, ſi placet, conſule. Nos interim tum his pagellis, quas benignè interpretari rogamus, tum omnibus actibus inter vivos, atque ultimæ voluntatis clauſulam omnium maximè proficuam ſubnectimus.

U. I. O. G. D.

2511927 D

re jintroductam jacent vid. *Hub. h. in f.* præponderare videntur fundamenta Fachinæi: ſiquidem, cum hæc clauſula rariſſimè, imò ferè nunquam à Notariis omittatur, & non rariò vix non inſciis, vel ſaltem minùs intelligentibus teſtatoribus apponatur, vix ampliùs competeret filiis querela vel nullitatis, vel inofficioſi; hinc maximum fieret præjudicium.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

B.17.5.34
BNCF
Digitized by Google